

ISBN: 978-3-96374-042-8



Rechtskultur Wissenschaft

Orsolina Fortini

Deutsche Einflüsse auf den italienischen Codice di Commercio von 1882

Rechtskultur Wissenschaft

Band 27

Herausgegeben von
Martin Löhnig (Regensburg) und Ignacio Czeguhn (Berlin)

Orsolina Fortini

Deutsche Einflüsse auf den
italienischen Codice di Commercio von 1882

Rechtskultur Wissenschaft

©2020 Edition Rechtskultur

Edition Rechtskultur im Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Regensburg

www.edition-rechtskultur.de

Satz und Gestaltung: Carola Brand und Eva Lackner, Regensburg

ISBN: 978-3-96374-042-8

VORWORT

Verhältnisse zwischen Italien und Deutschland und Rechtsgeschichte – das Interesse an diesen Themen begann noch während meiner Schulzeit und intensivierte sich im Studium immer mehr. Während meiner ersten praktischen Erfahrungen in der Anwaltschaft war mein Interesse an wissenschaftlichen Arbeiten immer noch da und ebnete dann den Weg für diese Arbeit. Jede Promotion ist Resultat eines Prozesses, in dem man sich fachlich und ganz besonders auch persönlich weiterentwickelt. Ich bin durch Höhen und Tiefen gegangen, um am Ende den Abschluss dieser Abhandlung, welche von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen worden ist. Oftmals führt dann letztlich nicht alleine die eigene Leistung zum abschließenden Ziel, sondern der Beitrag der Begleiter. Diesen Anlass möchte ich nun gerne nutzen, um mich bei allen an dem erfolgreichen Abschluss meines Dissertationsprojektes beteiligten Personen zu bedanken.

Ein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Martin Löhnig, der mir die Möglichkeit gab, in Deutschland zu promovieren, und mich in jeder Phase mit großer fachlicher Kompetenz unterstützt hat.

Danken möchte ich ebenfalls meinen Mitdoktorandinnen und –doktoranden, meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte und Kirchenrecht sowie Frau Caroline Berger für die fachlichen und fachübergreifenden Gespräche. Mit ihnen hatte ich wirklich eine schöne Zeit in Regensburg.

Besonderer Dank gilt zudem Herrn Claudio Santarelli, der mir den Weg zur simultanen wissenschaftlichen Arbeit neben meiner praktischen Tätigkeit überhaupt erst förderte.

Daneben danke ich sehr meinen Freunden des Regensburger Seminars der Gemeinschaft, die mich mit der einfach besten Mischung aus Humor, Verständnis, Feingefühl und persönlichem Interesse während der Promotion unterstützt haben.

Einen wesentlichen Anteil am erfolgreichen Abschluss meiner Promotion trägt meine Familie. Herzlichst danke ich meinem Bruder für seinen persönlichen (sowie professionellen) Rückhalt. Er war in bestimmten Momenten sehr hilfreich. Insbesondere verdanke ich es meinen Eltern, dass ich mich nicht allein gefühlt habe. Sie boten mir allzeit (schon seit den Anfängen meiner Schulzeit) die nötige Motivation, Unterstützung und Wärme und nahmen auch Kosten und Mühen auf sich, um mir die für mich beste Situation zu schaffen. Für ihre aufopferungsvolle Hilfe danke ich ihnen besonders

herzlich. Unermesslicher Dank gilt meinem einzigartigen Ehemann, ohne dessen unerschütterlichen Liebe und Glauben an mich diese Arbeit nicht oder nicht so zustande gekommen wäre. Er war für mich immer da, um mir die Daumen zu drücken und mir Mut zuzusprechen. Ich traf bei ihm für die Situation im Allgemeinen und für meine Abwesenheit während meines Aufenthalts in Regensburg stets auf Toleranz und Verständnis. Dafür widme ich ihm – sowie meinem Vater – diese Arbeit.

Orsolina Fortini

INHALT

KAPITEL I – EINLEITUNG 1

1. Gegenstand, Ziel und Methode der Forschung	1
2. Warum die Rechtsgeschichte?	5
3. Das Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft	8
4. Italien Mitte des 19. Jahrhunderts	10
5. Der Codice di Commercio von 1865	13
6. Der Codice di Commercio von 1882	17
a. Bewertung des Codice di Commercio von 1882	23
7. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861	29
8. Kurze Hinweise auf die Verhältnisse zwischen dem italienischen Handelsrecht und der deutschen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert	34

KAPITEL II – DIE HANDELSVERPFLICHTUNGEN 39

1. Einleitung	39
2. Der Vertragsschluss	39
a. Artikel 36 und 37 des Codice di Commercio von 1882	48
b. Das deutsche System und die Gründe für die italienische Abweichung vom deutschen Recht	62
aa. Artikel 318-323 ADHGB	63
bb. Die Gründe für die italienische Abweichung vom deutschen Recht	68
[1]. Eine Glosse: Zur Geschichte der Post in Bayern	70
c. Fazit	73
3. Die einseitigen Handelsgeschäfte	73
a. Die Beziehung zwischen Zivilrecht und Handelsrecht und die allgemeine Anwendung des Handelsrechts im Codice di Commercio von 1882	74
b. Artikel 54 des Codice di Commercio von 1882	78
c. Die Bedeutung von Artikel 54 und seine Interpretation	82
4. Fazit	90

KAPITEL III – DIE HANDELSGESELLSCHAFTEN 91

1. Einleitung	91
2. Die neue Regelung über Handelsgesellschaften im Codice di Commercio von 1882	92
a. Einleitung	92
aa. Exkurs: Die Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften	93
b. Relevante Gesetzesänderungen bei der Neuregelung der Handelsgesellschaften	100
3. Detaillierte Analyse der neuen Bestimmungen im Vergleich mit der deutschen Rechtslage	107
a. Abschaffung der Regierungsgenehmigung zur Gründung von Aktiengesellschaften	

und ihre Folgen	108
aa. Abschaffung der Regierungsgenehmigung für die Gründung von Aktiengesellschaften	110
bb. Eine neue interne Kontrolle der Gesellschaft: der Aufsichtsrat	115
b. Die Bilanz	124
c. Die Gesellschaften bürgerlichen Rechts	131
d. Allgemeine Bestimmungen zu den Gesellschaften	134
e. Bestimmungen zu offenen Handelsgesellschaften	136
f. Bestimmungen zu Kommanditgesellschaften	139
g. Gemeinsame Bestimmungen zu Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften	145
aa. Gründung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften	146
bb. Der Vorstand	150
cc. Ausschluss eines Gesellschafters	156
dd. Verschmelzung	158
h. Gemeinsame Bestimmungen für alle Gesellschaftsformen	160
aa. Liquidation der Gesellschaft	160
4. Die Genossenschaften	161
a. Die Genossenschaft im Codice di Commercio von 1882	161
aa. Friedrich Wilhelm Raiffeisen und sein Einfluss auf Italien	167
bb. Italienische Vorschriften zu den Genossenschaften und der deutsche Einfluss auf diese	172
<u>KAPITEL IV – ÜBERLEGUNGEN ZU DEN GRÜNDEN DES DEUTSCHEN EINFLUSSES AUF DIE ITALIENISCHE HANDELSRECHTSKODIFIKATION</u>	183
1. Einleitung	183
2. Historische Gründe	183
3. Wirtschaftliche Gründe	184
4. Der Blick der italienischen Rechtswissenschaft auf das deutsche Recht im 19. Jahrhundert	187
<u>KAPITEL V – SCHLUSSBEMERKUNGEN</u>	199
<u>BIBLIOGRAFIE</u>	201

KAPITEL I – EINLEITUNG

1. Gegenstand, Ziel und Methode der Forschung

Ziel der vorliegenden Forschung ist es, die historischen Einflüsse des deutschen Rechts auf den italienischen Codice di Commercio von 1882 zu untersuchen und aufzuzeigen.

Bei der Fassung des Codice di Commercio von 1882 haben die Italiener das deutsche Recht – insbesondere das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 sehr geschätzt: „le leggi germaniche, per comune consenso [sono] meglio delle italiane informate ai principii della scienza ed ai bisogni dell’esperienza“¹. Da das vorherige italienische Handelsgesetzbuch, das vom französischen Modell stammte, alt und lückenhaft war und sich an den wirtschaftlichen Fortschritt anpassen musste, wurde das deutsche Recht in den Codice di Commercio von 1882 integriert, was zu ausgezeichneten Ergebnissen geführt hat. Das ADHGB wurde durch die deutsche Rechtslehre geprägt und als ein neuzeitliches Vorbild in ganz Europa betrachtet². Trotz der unterschiedlichen Rechtsordnungen haben sich Italien und Deutschland, dank der Neugier³ und dem Staunen⁴ der Italiener, mit der deutschen Rechtsordnung erfolgreich auseinandergesetzt. Das bestätigt die Kreativität der italienischen Rechtskultur, welche sich auf keine formelle Übernahme des fremden Modells beschränkt hat, sondern das örtliche Recht einer Neubearbeitung in Übereinstimmung mit ihrer historischen Rechtserfahrung unterzogen hat⁵.

¹ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 18.

² Die Wirkung des ADHGB beschränkt sich nicht nur auf das Gebiet, wo seine Geltung einmal ausdrücklich beschlossen worden war, sondern gilt dank seiner Qualität auch in Ländern, die nie zum Deutschen Bund gehört haben. Das ADHGB stand nach dem Österreichisch-Ungarischen Ausgleich von 1866 Pate für das Ungarische Handelsgesetzbuch von 1875, das seinerseits das Handelsgesetzbuch für Bosnien-Herzegowina von 1883 geprägt hat. Auch der Schweizerische Handelsrechtsentwurf von 1864 wurde durch das ADHGB beeinflusst. Vgl. M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

³ „Fino a che permane il culto rigoroso della legge e nel giurista l’atteggiamento esegetico, non ci possono essere grandi spazi per la comparazione, la quale è esigenza avvertita da singoli personaggi culturalmente curiosi“. P. Grossi, L’Europa del diritto, Laterza, Rom-Bari, 2009, Einleitende Klarstellungen.

⁴ „Das Höchste, wozu der Mensch gelangen kann, ist das Erstaunen“. J.P. Eckermann, Gespräche mit Goethe, 18. Februar 1829.

⁵ Das deutsche Recht war im Laufe der Geschichte öfters ein Vorbild für Italien. Auch im Bereich des Zivilrechts: „Il codice civile tedesco rileva non tanto come espressione nella cultura giuridica tedesca, assai distante, nelle sue astratte e raffinate elucubrazioni, da uno strumento a vocazione pratica come il Code Napoléon, ma piuttosto come modello di comparazione tra i più frequentati dalla dottrina civilistica italiana dagli anni Venti agli anni Settanta del Novecento. In ogni caso rileverà quale modello di codice nella redazione del codice civile del 1942“. G. Alpa, Introduzione al progetto del Codice delle obbligazioni franco italiano (1927), Éditions Panthéon-Assas, 2015.

„Il Codice [di commercio del 1882] fu salutato come il più moderno in Europa, anche perché esso teneva accuratamente conto delle recenti legislazioni europee, ivi comprese quella tedesca e quella del Belgio di pochi anni anteriore, d’introduceva ulteriori miglioramenti“. A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 528.

Die Voraussetzung aller Staatsverhältnisse ist das Bewusstsein für die eigene Geschichte und für die eigene Kultur, denn, um mit anderen nützlichen Beziehungen aufbauen zu können, ist es notwendig, eine starke Identität zu haben:

„Io ammetto che si debba consultare ciò che fecero altri popoli. In Francia, nel Belgio ed in Germania si sono di recente elucubrate molte leggi commerciali; io pure le ho qualche poco studiate, ma non ho mai sacrificata la mia dignità d'italiano, non ho mai perduto la memoria che sono i nostri padri quelli che hanno insegnato il diritto commerciale al mondo, ed ho sempre ricordato quel verso di Virgilio: Tu regere imperio populos, Romane, memento. Abbiamo dunque la superbia delle nostre istituzioni. Qualunque cosa facciamo gli altri popoli, sottoponiamola al nostro squittinio, e vediamo se debbano seguirsi i loro insegnamenti, o se dobbiamo invece conservare quelli dei nostri antichi“.

Es sollte auch betont werden, dass die Berücksichtigung ausländischer Modelle in einer Zeit notwendig wurde, in der der typisch internationale Charakter des Handels, insbesondere auf legislativer Ebene⁷ und in der Lehre⁸, spürbar wurde, „perché non vi è nulla di meno locale direi anzi di meno nazionale che il commercio“⁹. Die fortschreiten-

⁶ Senatore Cabella, Discussioni al Senato, tornata del 5 maggio 1875 über die Kritik am System der absoluten Nichtigkeit von Gesellschaften jeglicher Art bei Nichteinhaltung der für die Gesellschaftsgründung erforderlichen Formalitäten bezüglich Art. 99, zit. in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin 1883, S. 381.

⁷ „Questo Codice nostro sorge in un tempo che deve dargli un interesse speciale. È noto ai cultori della scienza che seguono il movimento delle idee nella legislazione, che il sorprendente svolgimento del commercio, ed il più vivo accomunarsi dei popoli ha fatto sentire il bisogno della uniformità tra le Nazioni di leggi parziali o generali che li regolino“. Relazione della commissione Senatoria composta dei Senatori Duchoqué, Martinelli, Borgatti, Serra F. M., Trombetta, Cabella, Astengo, Ghiglieri, Pasella, Vitelleschi, Zini, Casaretto, Finali, Fenzi, Saracco e Corsi T., (relatore). Sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 352.

⁸ „L'Ottocento è un secolo di Stati, di leggi, di Codici, e reca ben scritto nella sua cifra più genuina il culto dello Stato, della legge, del Codice. L'Europa continentale ci appare, sotto il profilo politico e giuridico, un arcipelago in cui ciascuna isola è aggrappata alla propria insularità; il che non è smentito dal frequente utilizzo di qualche modello straniero nella redazione della singola legislazione nazionale [...] Fino a che permane il culto rigoroso della legge e nel giurista l'atteggiamento esegetico, non ci possono essere grandi spazi per la comparazione, la quale è esigenza avvertita da singoli personaggi culturalmente curiosi e viventi in aree a diritto non codificato [...] come la Germania (Joseph Kohler). Perché la comparazione sia sentita come una imprescindibile necessità culturale del giurista, perché la cultura comparatista possa essere considerata parte integrante del bagaglio normale del giurista/scienziato soprapranzante di parecchie spanne il semplice tecnico, occorrerà attendere il clima aperto degli anni Ottanta [...]. È, infatti, in questo contesto, dove giovani giuristi cominciano a essere insofferenti di statalismo e legalismo e dove il pluralismo culturale diventa esigenza di misurarsi con esperienze diverse, che la comparazione giuridica lascia il carattere episodico legato alla predilezione e vocazione di questo o quel personaggio, per assurgere a branca autonoma della scienza giuridica [...]“. P. Grossi, L'Europa del diritto, Laterza, Rom-Bari, 2009, S. 198 ff.

⁹ „Se le relazioni e i contatti continui, come pure le comuni consuetudini rendono oggi i popoli meno originali in tutto, una legislazione il più che sia possibile uniforme è poi più che mai utile, anzi pressoché necessaria, nella materia commerciale, perché non vi è nulla di meno locale direi anzi di meno nazionale

de Ausbreitung des Kapitalverkehrs und die zunehmende Globalisierung des Marktes haben die supranationale Dimension des Wirtschafts – und Handelsrechts deutlich gemacht. Das Handelsrecht hat sich im Laufe der Zeit weiterentwickelt und hat dabei ein immer breiteres Spektrum an Inhalten dazugewonnen, um sich an den veränderten sozioökonomischen Kontext anzupassen. Mehrere Beispiele beweisen, dass die Nachahmung fremder Rechtsmodelle, trotz der starken geschichtlichen und rechtlichen Identität Italiens, wichtige Veränderungen mit sich gebracht hat¹⁰.

Aktuelle Themen wie die Wirtschaftskrise, die Digitalisierung und die Industrie 4.0 lassen Forschungsarbeiten über Rechtsgeschichte zurzeit unwichtig erscheinen. Was ist also Sinn und Zweck dieser Forschungsarbeit und warum beschäftige ich mich im Rahmen meiner Forschung mit Rechtsgeschichte und konzentriere mich dabei insbesondere auf das Verhältnis zwischen Deutschland und Italien? Die Kenntnis der Rechtsgeschichte ist aus mehreren Gründen wesentlich für Juristen: Wer sich in der Rechtsgeschichte auskennt, kann Bezüge zu aktuellen juristischen und politischen Problemen erkennen und daraus wichtige Erkenntnisse schließen. Außerdem lässt sich durch das Studieren des vergangenen Rechts die Relativität des Rechts verstehen. Heutzutage ist es besonders wichtig, sich mit dem historischen und kulturellen Teil des Rechts zu beschäftigen, um die Rechtserfahrung richtig auslegen zu können (vgl. Par. 2). In Bezug auf das Verhältnis zwischen Deutschland und Italien, ist anzumerken, dass Italien und Deutschland wegen der historischen Handelsbeziehungen seit jeher stark miteinander verbunden sind und die enge Zusammenarbeit hat immer einen nützlichen Austausch gefördert. Obwohl die italienische und die deutsche Rechtsordnung unterschiedlich sind, haben sie sich historisch immer erfolgreich miteinander auseinandergesetzt. Dieses Verhältnis ist ein gutes Beispiel für die Kreativität der europäischen Rechtskultur und deren Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung.

Das Lesen dieser Forschungsarbeit setzt die Kenntnis des historischen, wirtschaftlichen und politischen Kontexts in Europa des späten 19. Jahrhunderts voraus, sowie die Kenntnis der Grundzüge des italienischen und deutschen Handelsrecht und der Rechtswissenschaft der damaligen Zeit.

Die vorliegende Forschung stellt eine Neuheit in der Rechtswissenschaft dar. Obwohl mehrere Quellen schildern, dass das deutsche Recht das italienische Handelsrecht beeinflusst habe, gibt es bis dato keine spezifische Analyse über die Themen, die in dieser Arbeit behandelt werden. Viele Juristen haben sich bereits mit dem Einfluss des ADHGB auf den italienischen Codice di Commercio von 1882 beschäftigt, haben sich dabei aber auf den objektivistischen Ansatz beschränkt, der das Gesetz des Handelsrechts über die

che il commercio, il quale forma di tutti i commercianti de' vari paesi un'immensa associazione". Discussioni della Camera dei Deputati, Tornata del 30 gennaio 1882 Presidenza del Presidente Farini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 797.

¹⁰ Man denke z.B. über das folgende Zitat von Mancini nach: „[...] nelle innovazioni che si ritengono più necessarie, il nostro paese debba sempre procedere sulle orme delle altre nazioni“. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 57.

Handelsgeschäfte begründete¹¹. Außerdem beschränkten sich diese Studien darauf, die vom ADHGB beeinflussten Neuheiten des italienischen Codice di Commercio aufzuzeigen, ohne die einzelnen Themen jedoch zu vertieft zu behandeln. Auf die Analyse der Vorarbeiten und der (Teil-)Kommentare wichtiger italienischer und deutscher Juristen aufbauend, soll die vorliegende Forschung die genannten Lücken schließen, ohne jedoch die Vollständigkeit zu beanspruchen.

Die vorliegende Forschung beschränkt sich auf die Analyse des Einflusses des deutschen Rechts (insbesondere des ADHGB) auf das erste Buch des italienischen Codice di Commercio von 1882, insbesondere in Bezug auf die Handelsverpflichtungen und die Normen zu den Gesellschaften. Unter dem Thema der Gesellschaften werde ich mich auch mit den Genossenschaften befassen, deren Regulierung eigentlich nicht vom ADHGB beeinflusst wurde. Der Codice di Commercio von 1882 enthält weitere Bestimmungen, die ebenfalls vom deutschen Recht beeinflusst wurden, die jedoch nicht Bestandteil dieser Forschung sind. Zum Beispiel wurde das italienische Wechselrecht von der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (ADWO von 1848) stark beeinflusst. Eine solche Analyse würde zusätzliche Forschung zum Abstraktionsprinzip erfordern und dazu müssten eine andere Forschungsmethode genutzt und andere Quellen berücksichtigt werden als in der vorliegenden Forschung.

Die leitenden Fragen, die in der vorliegenden Forschung behandelt werden, sind die Bedeutung der Kodifikation des Handelsrechts und, im Allgemeinen, die Methode, mit der das Gesetz Handelsangelegenheit regelt, die von Natur aus Schnelligkeit, Schlankeit der Formen und wenige Einschränkungen erfordern.

Die Untersuchung unterschiedlicher Quellen, wie Handelsgesetzbücher, Vorarbeiten¹², Kommentare, sowie von Zeitschriften, Rechtsprechung, welche die konkrete Quelle der Rechtfertigung sind¹³, und rechtswissenschaftliche Werke¹⁴, beruht auf der Betrachtung der Prinzipien des damals gültigen Handelsrechts und wurde nach der vom Handel er-

¹¹ Für eine erschöpfende Zusammenfassung zu diesem Thema vgl. F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Giuffrè, Mailand, 2016.

¹² Die genaue und vollständige Kenntnis der Gründe für die Entstehung eines Gesetzes, stellt oft die beste Anleitung bei der Auslegung und Anwendung desselben Gesetzes dar. Außerdem kann man durch die Vorarbeiten erfahren, welche Kommissionen an einem Gesetz mitgearbeitet haben und wie sie zusammengesetzt sind. Ein Beitrag von grundlegender Bedeutung für die vorliegende Forschung ist die großartige Arbeit von Alberto Marghieri: A. Marghieri, *I motivi del nuovo codice di commercio italiano ossia raccolta completa di tutti i lavori preparatorii delle commissioni relazioni ministeriali, discussioni parlamentari che hanno preceduto la sua pubblicazione eseguita sui testi ufficiali preceduta dal testo del nuovo codice*, Neapel, 1885 (nachst. „Marghieri, Vorarbeiten“).

¹³ „Il riferimento a esperienze giuridiche ha il significato di sottolineare un'elementare ma spesso trascurata verità: che il diritto è scritto sulla pelle degli uomini, è [...] dimensione della vita quotidiana, è scritto nella concretezza dei fatti della vita prima che in leggi, in trattati internazionali, in opere scientifiche“. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Rom-Bari, 2009, Einleitende Klarstellungen.

¹⁴ Zum Thema der deutschen Rechtswissenschaft von 1800 bis 1850 war das Buch von Jan Schröder „Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)“ wesentlich.

forderten Genauigkeit¹⁵ mit einer systematischen Methode¹⁶ ausgeführt. Die detaillierte Liste der verwendeten Quellen ist in der Bibliografie angegeben.

In der vorliegenden Dissertation werde ich mich daher zuerst mit dem rechtshistorischen und wirtschaftlichen, italienischen und deutschen Kontext befassen, um die Gründe des Verhältnisses richtig darlegen zu können (I. Kapitel). Nach dieser Analyse folgt die Beschreibung des deutschen Einflusses auf den italienischen Codice di Commercio von 1882 (II. und III.). Im IV. Kapitel befasse ich mich mit einigen Überlegungen zu den Gründen der deutschen Einflusses auf die italienische Handelsrechtskodifikation. Abschließend werden die Schlussfolgerungen gezogen (V.). In dieser Dissertation wird zunächst der allgemeine Kontext beschrieben, um zu schildern, mit welchen konkreten Problemen sich die Juristen damals befassen mussten. Darauf aufbauend ist ein Vergleich zwischen dem italienischen Recht und dem deutschen Recht möglich, um die Einflüsse zu erfassen, aus denen sich die Tendenzen der Rechtswissenschaft ableiten lassen. Andere Methoden (die z.B. von einem Vergleich der italienischen und deutschen Rechtslehre ausgehen) hätten es nicht erlaubt, die dringenden Bedürfnisse der damaligen wirtschaftlichen Situation aufzuzeigen, nämlich ein konkretes Handelsrecht zu erschaffen.

Bevor ich fortfahre, möchte ich zwei wichtige Voraussetzungen nennen (vgl. Par. 2 und 3).

2. Warum die Rechtsgeschichte?

Da sich die vorliegende Arbeit mit einer vergleichenden Forschung der Geschichte des italienischen und deutschen Handelsrechts befasst, scheint es angebracht, vor einer genaueren Erklärung des Gegenstands der Forschung, die Bedeutung des Handelsrechts als historische Kategorie und, allgemeiner, die Bedeutung der Rechtsgeschichte zu betonen.

Das Handelsrecht ist keine notwendige bzw. unveränderliche, sondern eher eine historisch relative Disziplin¹⁷, die sich im Laufe der Zeit und an verschiedenen Orten jeweils verändert und die sich im Laufe der Geschichte im Einklang mit der Wirtschaft weiterentwickelt hat¹⁸.

¹⁵ „[...] non sono mancati degli scrittori, i quali hanno sostenuto che in materia commerciale è indispensabile maggior rigore che nel diritto civile“. Discussioni al Senato, Tornata del 30 aprile 1875.

¹⁶ „Tra la somma dei fili e il tessuto c'è una colossale differenza: il tessuto è sintesi di tante forze, il filo si spegne all'interno del tessuto. Guai a voler mantenere il filo autonomo all'interno del tessuto, perché si arriva unicamente a sfilacciare il tutto“. M. Meccarelli, S. Solimano, A colloquio con Paolo Grossi, in *forum historiae iuris*, 2007, Punkt 69 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

¹⁷ T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 1962, S. 79 ff.

¹⁸ Im römischen Recht gab es z.B. kein Handelsrecht, da die Wirtschaft auf die Landwirtschaft beruhte, die keine gesonderte Regelung forderte (es bestand z.B. kein besonderes Bedürfnis nach Schnelligkeit im Vertragsschluss wie im Zivilrecht). G. Auletta, N. Salanitro, *Diritto commerciale*, Giuffrè, Mailand, 2009, Einleitung, S. VII ff.

Das Handelsrecht „esiste ed ha ragion d'essere, in un dato ordinamento e in un dato momento storico, in quanto e nella misura in cui il mercato si faccia portavoce di determinate istanze, non adeguatamente recepite dall'ordinamento privatistico generale, e abbia la forza per farle accogliere attraverso la coniazione di una disciplina speciale. È un diritto che cambia, che risente dei mutamenti dello spirito sociale [...],

„Il diritto commerciale, in ogni sua manifestazione, è presidio e motore della vita sociale: presidio, perché un mercato senza regole, o un mercato che sappia autoregolarsi e separare il seme maturo dalla gramigna, è un'utopia che la storia in più occasioni ha smascherato; motore, perché esso ha il compito di non soffocare l'economia e di promuoverne, con regole adatte ed efficienti, la crescita spontanea per il benessere comune“¹⁹.

Alle Juristen sollten sich in der Rechtsgeschichte gut auskennen²⁰. Trotzdem wird diese in Italien leider nicht für besonders nützlich gehalten: Während Rechtsgeschichte an den deutschen juristischen Fakultäten in verschiedenen Disziplinen als Grundlagenfach angeboten wird und Teil der mündlichen Staatsprüfung ist, spielt dieses Lehrfach an den italienischen Universitäten keine bedeutsame Rolle. In Anbetracht dieser Situation ist die Wiederentdeckung der Rechtsgeschichte wichtiger denn je.

Die Kenntnis der Rechtsgeschichte ist vor Allem für Juristen wesentlich, weil sie es ermöglicht Zusammenhänge zu verstehen und einen Bezug zu aktuellen juristischen und politischen Problemen aufzubauen. Dies wirkt sich sehr positiv auf die Gesamtschau und auf die Ergebnisfindung aus²¹. Tatsächlich lassen sich die großen Fragen der derzeitigen Rechtsordnung oft mit einem Blick in die Vergangenheit beantworten,

che si adatta alle trasformazioni della realtà economica [...], che riceve linfa e impronta, infine, dalle convinzioni e dalle idee che animano il pensiero politico e sociale, e ne segue le sorti“. A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarra Alibrandi, M. Sciuto, Diritto commerciale (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 17-18.

„Se havvi parte della legislazione sulla quale il progresso della civiltà esercita immediatamente la sua influenza, si è per certo quella relativa alla materia commerciale. Le scoperte scientifiche, le applicazioni industriali, le maggiori e più facili comunicazioni, i moltiplicati strumenti del credito, mentre accrescono il movimento commerciale, danno vita a nuovi rapporti ed interessi che producono la necessità di nuove disposizioni legislative, le quali, migliorando o modificando quelle già esistenti, assecondino questo moto incessante e benefico“. Relazione e Progetto di legge presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Taiani) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Majorana-Calatabiano) nella Tornata del 13.02.1879 per dare la facoltà al Governo di pubblicare e porre in esecuzione il nuovo Codice di Commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 287.

„Il diritto commerciale non può cristallizzarsi, come accade tante fiati al diritto civile, ma deve correre come la locomotiva e l'elettrico“. E. Vidari, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 101.

Die Arbeit von L. Goldschmidt „Universalgeschichte des Handelsrechts“, Stuttgart, 1891, ist für die Kenntnis des Handelsrechtsgeschichte wesentlich.

¹⁹ A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarra Alibrandi, M. Sciuto, Diritto commerciale (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 20.

²⁰ „In ogni epoca hanno profondamente e variamente interagito con il diritto le tendenze e le strutture della società civile, dell'economia, della politica, della filosofia, della cultura, della religione. In questi nessi sta una delle ragioni del fascino e del valore formativo della storia del diritto per il giurista di oggi“. A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 9.

²¹ „Il momento genetico di metodi e regole ancor oggi operanti si situa spesso assai lontano nel tempo. Chi ignora o sottovaluta questo fatto si preclude non solo la conoscenza del passato ma anche l'intelligenza del diritto di oggi“. A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 10.

„perché l'oggi discende dall'ieri, e il domani è il frutto del passato. Un passato che non deve paralizzare il presente, ma aiutarlo a essere diverso nella fedeltà, e nuncio del progresso“²².

Auf diese vergleichende Anschauung sollte der Jurist daher nicht verzichten²³, um die großen Herausforderungen des sozialen und wirtschaftlichen Wandels – wie z.B. die derzeitige Wirtschaftskrise und die folgenden sozialen Veränderungen – kritisch nachvollziehen und verstehen zu können.

Außerdem muss man berücksichtigen, dass die historische Interpretation eine wesentliche Auslegungsmethode darstellt. Durch das Lernen der Rechtsgeschichte kann der Jurist daher auch die Relativität des Rechts erfassen.

Laut Professor Paolo Grossi unterscheidet sich der Rechtshistoriker von anderen Juristen, weil er

„è il personaggio che più di ogni altro è proficuo al giurista, ad ogni giurista, anche al giurista di diritto positivo per acquisire una sua coscienza critica“²⁴.

Der Jurist muss gleichsam die Hand im Spiel und den Blick zum Himmel, d.h. ein über die technischen Regelungen hinausgehendes, allgemeineres und breiteres Verständnis, haben. Heutzutage ist es besonders wichtig, sich mit den historischen und kulturellen Aspekten des Rechts zu beschäftigen, um die Rechtserfahrung mit theoretischer Genauigkeit richtig auslegen zu können²⁵. Diese rechtshistorische Methode ermöglicht auch den Zugang zu interkulturellen Rechtsbeziehungen, sowohl innerhalb Europas als auch gegenüber dem Rest der Welt²⁶. Dieser Aspekt ist sehr wichtig, da das Handelsrecht von Natur aus einen internationalen Charakter hat²⁷.

²² P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Rom-Bari, 2009, Vorwort von J. Le Goff.

²³ „Guai, se lo storico del diritto abdica a questa visione comparativa“. M. Meccarelli, S. Solimano, A colloquio con Paolo Grossi, in *forum historiae iuris*, 2007, Punkt 58 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

²⁴ M. Meccarelli, S. Solimano, A colloquio con Paolo Grossi, in *forum historiae iuris*, 2007, Punkt 12 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

²⁵ „Lo storico ha bisogno di possedere una forte intelligenza teorica non per soffocare le fonti ma per ordinarle“. M. Meccarelli, S. Solimano, A colloquio con Paolo Grossi, in *forum historiae iuris*, 2007, Punkt 8 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

„Il diritto è anche un castello di forme, e la scienza giuridica è anche una tecnica e tecnica raffinatissima, ma non si risolve interamente in questo. Norme, forme e tecniche vanno inserite in un reticolato più ampio e più profondo che – solo – può dar loro fondamento, che – solo – può consentire la loro immissione nel tessuto vivo della esperienza e – quel che forse più conta – del divenire dell'esperienza, il quale lo si voglia o no è un divenire incessante“. P. Grossi, *Le istituzioni di diritto privato* di Guido Alpa, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (1999).

²⁶ „Lo storico del diritto è il più vocato ad una missione transnazionale, proprio perché il suo è, naturalmente, senza forzature, un paesaggio mondiale“. M. Meccarelli, S. Solimano, A colloquio con Paolo Grossi, in *forum historiae iuris*, 2007, Punkt 51 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

²⁷ Das Handelsrecht ist ein Rechtsgebiet, das über den politischen Grenzen entstand, welche einst Europa und seine Regionen spalteten. Besonders das Wirtschaftsleben macht eine Einheitlichkeit der Rechtsvorschriften zwischen den Staaten notwendig. Der Druck, in diese Richtung zu gehen, steigt proportional mit der Intensität des grenzüberschreitenden Handels und der Verbreitung produktiver Tätigkeiten über

3. Das Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft

Es scheint ebenfalls notwendig, die Bedeutung der Verhältnisse zwischen Recht und Wirtschaft zu analysieren, um die Relevanz einer handelsrechtlichen Forschung erfassen zu können.

Das Recht ist notwendigerweise mit der Wirtschaft verbunden²⁸. In der Tat muss das Gesetz, wie jede Wissenschaft, wirtschaftliche und soziale Veränderungen widerspiegeln²⁹. „Jedes Zeitalter“, so Justus Wilhelm Hedemann³⁰, „hat sein besonderes Gepräge“, das Juristen begreifen und annehmen müssen. Das gilt a fortiori für das Handelsrecht, das laut Paolo Grossi

„è immerso nei fatti economici e soprattutto nel loro divenire rapidissimo; è, insomma, una veste giuridica ordinante costretta al mutamento del sottostante sviluppo economico e tecnico“³¹.

Wenn man sich die Geschichte des Handelsrechts anschaut, kann man die enge Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft erkennen. Man sieht, dass die Wirtschaft, die immer mit dem bürgerlichen Leben der Menschen zusammenhängt³² und der Motor des sozialen Lebens jeder entwickelten Gemeinschaft ist, eng mit dem Recht verbunden ist³³. Laut Pasquale Stanislao Mancini, dem Hauptprotagonisten des italienischen Codice di Commercio von 1882, „la questione giuridica è molto connessa con quella economica“, sodass es „opportuno di studiarle entrambe completamente e con profondità“³⁴ ist. Es gibt historische Beispiele dafür, dass das Recht, das nicht mit der Wirtschaft übereinstimmt, die Rechtskultur daran hindert, sich an die soziale und wirtschaftliche Realität

die Grenzen der Nationen hinaus. Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts haben die internationalen Beziehungen (darunter mehrere von Italien ratifizierte internationalen Konventionen) die Entwicklung des Handelsrechts geprägt. Man denke dabei z.B. an das Gesellschaftsrecht, an das Wettbewerbsrecht sowie an das den Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums.

²⁸ „La questione giuridica è molto connessa con quella economica, e [...] [è] opportuno di studiarle entrambe completamente e con profondità“. Mancini, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 92.

²⁹ Heutzutage gibt es immer häufiger Anlässe zur Hybridisierung zwischen den beiden Studienrichtungen: Man denke z.B. an law and economy Kurse. Die ökonomisch-theoretischen Modelle leisten einen Beitrag zur rechtlichen Argumentation und umgekehrt leisten die juristischen Studien einen Beitrag zu den Wirtschaftsstudien.

³⁰ In den frühen zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts beschrieb Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963) die Notwendigkeit der Verbindung von Recht und Wirtschaft mit dem Ausdruck „Wirtschaftsrecht“. Das Wirtschaftsrecht stellt keinen neuen Rechtsbereich, sondern eine Weltanschauung dar: Die Wirtschaft betrifft alles, was Recht ist.

³¹ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Rom-Bari, 2009, S. 208 ff.

³² „Il fenomeno economico [...] attraversa con le sue ramificazioni e la sua capillare presenza nel tessuto sociale la vita di ogni persona dalla nascita al corteo battesimale, dal banchetto nuziale alla morte, come sottolineava suggestivamente il padre della scienza commercialistica italiana, Cesare Vivante“. A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarone Alibrandi, M. Sciuto, *Diritto commerciale* (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 4.

³³ Die ökonomische Integration „beruht auf der Verlässlichkeit der rechtlichen Grundlagen wirtschaftlichen Handelns, die mit der Harmonisierung des Rechts wächst“. M. Lönnig, *Rechtsvereinheitlichung trotz Gesetzesbindung. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1879-1899*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

³⁴ A. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 92.

anzupassen, um sie zu verstehen und bestmöglich zu regulieren³⁵. Das Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft ist komplex, da es sich aus zahlreichen Interaktionen zusammensetzt und es erfährt im Laufe der Geschichte immer wieder Wandlungen³⁶.

Die Handelsgesetzgebung ist der Bereich, den der Gesetzgeber am häufigsten überarbeiten muss, weil

„i fatti commerciali nascono, variano, si modificano, si trasformano in ragione dei progressi della industria e del commercio, presi nel loro generale significato, e dell'aiuto ed impulso che ricevono dalle applicazioni quotidiane delle scienze fisiche e meccaniche, e dal loro svolgimento”³⁷.

Was der Gesetzgeber in den Gesetzen festlegt, wurde vorher bereits in der Gesellschaft beobachtet: Der Gesetzgeber passt sich lediglich dem Wesen und der Natur der Dinge an. Wenn diese den Handelsprinzipien³⁸ und den Prinzipien des Rechtssystems nicht entsprechen, verwandelt er die wirtschaftlichen Fakten in Rechtsnormen³⁹.

³⁵ Ein Beispiel dafür ist die Beschreibung von Ferdinando Mazzarella der italienischen Rechtskultur des 19. Jahrhunderts in Italien, die Veränderungen der kapitalistischen Gesellschaft nicht erfassen konnte: „[...] i tempi del diritto non furono quelli dell'economica, o non lo furono, per lo meno, quelli della cultura giuridica e quelli della realtà economica.[...] Nel corso dell'Ottocento la cultura giuridica si dimostrò in larga misura incapace di leggere la Rivoluzione industriale, le sue dinamiche e le sue grandezze, l'organizzazione del sistema di fabbrica, la formazione del capitale e la nascita delle classi sociali, gli effetti macroeconomici delle innovazioni tecnologiche, la centralità del momento della produzione rispetto a quello dello scambio. Vincolati alle coordinate del diritto napoleonico, a schemi e paradigmi plasmati dall'individualismo giuridico di stampo dominicale, i giuristi dell'Europa continentale lessero una realtà parziale. [...] La lentezza e la disomogeneità con le quali l'industrializzazione penetrava nei paesi dell'Europa continentale, unite all'immobilismo voluto dalla codificazione, al formalismo dell'ideologia esegetica e alla retorica sulla purezza del metodo, paralizzavano il ricambio culturale, riconducendo gli interventi del legislatore, gli slanci della giurisprudenza e le intuizioni della dottrina nell'alveo della tradizione romanistico-napoleonica. Mentre le dinamiche organizzative del capitalismo industriale proiettavano l'impresa al cuore del sistema economico, esaltandone l'attitudine a comporre in un'organizzazione unitaria gli elementi personali e patrimoniali della produzione, la cultura giuridica teneva fede a un riduzionismo ideologico che perpetuava mitologie giuridiche ogni giorno più distanti dalla realtà economico-sociale”. F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Giuffrè, Mailand, 2016, S. VI ff.

³⁶ In der modernen Gesellschaft werden die wirtschaftlichen Beziehungen vielfach durch das Recht bestimmt: Das öffentliche Recht schafft etwa den Rahmen, in dem sich die Wirtschaftakteure bewegen können; Das Privatrecht stellt Vertrags – und Organisationsformen zur Verfügung und regelt Haftungsfragen; Das Strafrecht stellt Zwangsmittel zur Durchsetzung von Recht bereit usw. Auch zeigen die anhaltenden Debatten über Steuern, Abgaben und Regulierungsvorschriften usw., dass die rechtliche Infrastruktur eines Wirtschaftsstandorts auf den globalisierten Märkten zu einem wichtigen Produktionsfaktor geworden ist.

³⁷ Relazione della commissione Senatoria composta dei Senatori Duchoqué, Martinelli, Borgatti, Serra F. M., trombetta, Cabella, Astengo, Ghiglieri, Pasella, Vitelleschi, Zini, Casaretto, Finali, Penzi, Saracco e Corsi T. (relatore). Sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 315.

³⁸ Die Sicherheit und Geschwindigkeit im Umlauf von Krediten und Vermögen sind im Allgemeinen „principi conduttori che l'esperto uomo di affari intuitivamente applica con sicurezza, e che il giurista deve utilizzare soltanto in via deduttiva, trasformandoli in leggi positive o in principi generali per casi particolari nei rapporti giuridici”. G. B. Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Rivista delle società*, Jahr LIII, Band 1 – 2008. Italienische Version, mit Hinzufügung von Fußnoten, des Unterrichts vom Prof. Portale in der Alte Aula der Universität Heidelberg am 24. Oktober 2007.

³⁹ „[...] la legge non può creare i fatti sociali, ma è suo ufficio di regolarli”. Relazione e progetto di legge sul-

Die Wechselwirkung zwischen Recht und Wirtschaft ist seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die rasante wirtschaftliche Entwicklung sich immer stärker in der Gesetzgebung niederschlug, Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen und einer Vielzahl von Theorien geworden.

4. Italien Mitte des 19. Jahrhunderts

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gab es in Europa soziale, wirtschaftliche und zollrechtliche Veränderungen, die sich natürlich auf das Recht auswirkten⁴⁰. In etwas mehr als einem Jahrhundert, zwischen dem Ende des 18. und dem Ende des 19. Jahrhunderts, wurde die westliche Welt von einer großen wirtschaftlichen und sozialen Revolution gezeichnet, der sogenannten industriellen Revolution, welche neue Produktionssysteme einführte, die Entstehung neuer sozialer Gruppen bestimmte und die Lebensweise der Bevölkerung radikal veränderte. Die Werte des Bürgertums, die auf der Entwicklung des Unternehmertums, des individuellen Verdienstes und des unbegrenzten Fortschrittsvertrauens beruhten, wurden zu den vorherrschenden ideologischen Merkmalen dieses Zeitalters⁴¹.

Nach der italienischen Einigung von 1861, als die alten Herrschaftsstrukturen infolge des Risorgimento zusammenbrachen, war es notwendig, dem neuen Einheitsstaat eine

le società ed associazioni commerciali presentato in iniziativa al Senato del Ministro di grazia, giustizia e dei culti (Vigliani) di concerto col Ministro d'agricoltura, industria e commercio (Finali) nella tornata dell'8.12.1874, in Marghieri, Vorarbeiten, Band III, S. 157.

⁴⁰ „All'indomani della duplice rivoluzione, il Vecchio Continente guardava al nuovo secolo con la consapevolezza di dover rifondare la propria identità, al fine di metabolizzare, saldandoli con una tradizione millenaria, i cambiamenti intervenuti nella mentalità, nei ritmi, nel linguaggio. [...] Il passaggio alla nuova era imponeva di riformare il sistema economico e di riprogettare l'ordine sociale, di ridisegnare le frontiere, non solo quelle geografiche, travolte dall'imperialismo napoleonico, ma anche quelle culturali, religiose e scientifiche, dissolte dal razionalismo illuministico, dal progresso tecnologico, dal rinnovamento dei principi costituzionali". F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Giuffrè, Mailand, 2016, S. 50 ff.

„Dal punto di vista economico gli sviluppi dell'industrializzazione e dei trasporti nel secondo Ottocento ebbero riflessi importanti sulla disciplina giuridica dell'economia: accanto ad una legislazione speciale ancora mal conosciuta, che mirava anche alla standardizzazione delle specifiche tecniche dei prodotti e che ebbe protezioni internazionali, si ebbero sviluppi importanti nella normazione relativa alle società e ai contratti commerciali". A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 541-542.

⁴¹ Der Übergang von einer Agrargesellschaft zu einer Industriegesellschaft erzeugte ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Europa tiefgreifende Veränderungen in der Wirtschaft und in der Gesellschaft, die die Unzulänglichkeit der napoleonischen Rechtstradition und die nicht länger aufschiebbare Notwendigkeit eines neuen Rechtssystems erkennbar machten. Die Gesellschaft, die von wirtschaftlichen, technischen und produktiven Veränderungen überwältigt und von den neuen geopolitischen Horizonten desorientiert war, war zutiefst verändert gegenüber der Gesellschaft des frühen 19. Jahrhunderts. Kapitalausgaben, Zahlungen und Einkommen stiegen, große Industriegruppen und der Finanzkapitalismus von Banken und Kreditinstituten verbreiteten sich. Der technische Fortschritt in Transport, Produktion und Vertrieb veränderte die Mentalität und Lebensrhythmen der Menschen und die soziale Organisation. Seit den achtziger Jahren begann mit dem exponentiellen Anstieg der Exporte der Internationalisierungsprozess des Handels, der auf rechtlicher Ebene erhebliche Auswirkungen hatte. Vgl. G. Sabbatucci, V. Vidotto, *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*. Laterza, Rom-Bari, 2011.

institutionelle Struktur zu geben⁴². Die mit der Vereinheitlichung verbundenen Probleme waren enorm: Über Jahrhunderte autonom strukturierte Regionalstaaten und heterogene Traditionen, Gebräuche und Mentalitäten mussten verschmolzen werden und verschiedene gesetzgebende Systeme mussten vereinheitlicht werden^{43–44–45}.

Es gab dazu unterschiedliche Möglichkeiten: Man konnte eine reine Annexion der neuen Regionen durchführen, indem man das piemontesische Regime auf sie ausdehnte und die bestehenden Institutionen und Gesetze so weit wie möglich behielt, oder man konnte neue ad hoc Rechtsstrukturen errichten. Im Jahre 1859, kurz vor dem Krieg mit Österreich, hatte die Regierung volle legislative (und auch exekutive)⁴⁶ Vollmachten erhalten und der Justizminister Urbano Rattazzi hatte sie genutzt, um eine sehr wichtige Reihe von Gesetzen zu verabschieden, ohne sich den Hindernissen des schwierigen parlamentarischen Verfahrens stellen zu müssen. Das Ergebnis war eine Bearbeitung des (jungen) Strafrechts und der Straf – und Zivilprozessordnung, ein neues Gemeinde – und Landesgesetz und eine vollständige Regulierung der Gerichtsbarkeit und der Justiz. Die Diskussion über die Angemessenheit der Annahme einer einheitlichen Gesetz-

⁴² Das Königreich Italien, das 1861 entstand war am Anfang ein fragiles Gebilde, das von großen kulturellen und sozialen Brüchen und starkem wirtschaftlichen Ungleichgewicht durchzogen war. Jedoch gelang es Cavour's Erben (sog. *Destra storica*), die Institutionen des neuen Staates zu konsolidieren oder zumindest die notwendigen Grundlagen (Schule, Armee, Eisenbahn) zu sichern und die territoriale Einheit mit dem Kauf des Veneto im Jahre 1866 und der Einnahme Roms und des Latium im Jahr 1870 zu vollenden (man musste bis zum Ende des Ersten Weltkriegs warten, um das Trentino und Venezia Giulia annectieren zu können).

⁴³ Die politische Vereinigung Italiens, die innerhalb von nur zwei Jahren erreicht und in Europa als ein Wunder begrüßt wurde, brachte das Problem des juristischen Regimes des neuen Staates mit sich. Die mit der Vereinigung verbundenen Probleme waren enorm: Im Kern ging es darum, die seit Jahrhunderten selbständig strukturierten Regionalstaaten und Traditionen, Gebräuche sowie heterogene Mentalitäten zu verschmelzen. Marongiu kommentiert dies so: „Forse al coronamento e al perfezionamento giuridico dell'unità contribuì, nello stesso 1861, un provvedimento apparentemente insignificante, l'unificazione dei titoli dei capi delle Province e dei circondari (o distretti) nei prefetti o sottoprefetti (in luogo dei governatori, intendenti e altro). Essa rappresenta un'ulteriore e definitiva conferma del criterio [...] dell'uniformità dell'organizzazione amministrativa del paese, con le sue Province e con i suoi comuni, aventi un ordinamento in buona parte analogo a quello dello Stato, ma già autonomo e fondato sull'elettricità popolare. Trionfava, quindi, anche il principio organizzativo di una grande e uniformemente regolata compagine e struttura giuridica e politica nazionale“.

⁴⁴ „Tra il 1860 e il 1865 la formula del codice [...] assume un significato di un'alta densità politica: nella rappresentazione del governo essa costituisce il sigillo dell'Unità, lo strumento essenziale per consolidare il peso dell'erigenda nazione di fronte alle potenze europee. [...] lo strumento per affratellare gli italiani. [...] l'unificazione legislativa costituisce il mezzo più efficace di accomunare gli spiriti. [...] Appare necessario elaborare un testo rispondente alle esigenze di una società certamente in evoluzione rispetto a quella rispecchiata nella legislazione preunitaria italiana“. S. Solimano, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)).

⁴⁵ Die Rechtswissenschaft wurde dazu aufgerufen, diese Aufgabe zu übernehmen, um eine effektive (bisher nur formale) Vereinheitlichung durchzuführen. P. Cappellini, *Alle porte d'Italia: unificazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/alle-porte-d-italia-unificazione-nazionale-e-uniformazione-giuridica_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

⁴⁶ Gesetz Nr. 3345/1859.

gebung für den neuen Staat begann bereits im Jahr 1860 im subalpinen Parlament und führte mit großer Schnelligkeit zum Erlass der ersten vier Gesetzbücher des einheitlichen Italiens im Jahr 1865⁴⁷.

Das Handelsrecht der verschiedenen Staaten war zur Zeit der politischen Einigung Italiens ziemlich einheitlich, sodass eine Anpassung zunächst nicht als notwendig erachtet wurde. Später jedoch musste, parallel zum Erlass des Zivilgesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, auch die Handelsgesetzgebung⁴⁸ aufgrund der Transformationsprozesse und der Industrialisierung der italienischen Wirtschaft⁴⁹ in Angriff genommen werden.

Damit einher ging die Verbreitung eines größeren Bewusstseins für die Bedeutung, die die Gesetzgebung des neuen Staates für die Gesellschaft angenommen hätte, als Folge der Bemühungen des Staates, immer breiteren Bevölkerungsschichten die notwendigen Regulierungsmöglichkeiten für Handel und Gewerbe zu gewähren und als Ausdruck des Grundsatzes der größeren Gleichheit aller im Wirtschaftsleben tätigen juristischen Personen. Die italienische Führungsschicht hatte ein klares Bewusstsein der Verzögerung der italienischen Wirtschaft im Vergleich zu den industriellen Entwicklungen in anderen Ländern. So wurde es zunächst nicht als notwendig erachtet, eine auf der Grundlage des napoleonischen Code de Commerce von 1807 verfasste Kodifizierung umzustößen, die auf einer auf Eigentum und Immobilien beruhenden Wirtschaft basierte. Daher glich der im Jahr 1865 erlassene Codice di Commercio dem vorigen Codice di commercio albertino von 1842 fast vollständig (abgesehen von wenigen Änderungen) (vgl. Par. 5).

Der Codice di Commercio von 1865 war immer noch mit der Vergangenheit verknüpft und war nicht sehr funktional für die große wirtschaftliche Entwicklung der Zeit. Daher wurde nach einer langen und komplexen Revisionsarbeit 1882 ein neues Handelsgesetzbuch erlassen (vgl. Par. 6).

Zweifellos stellte die neue Kodifizierung eine teilweise Germanisierung des Handelsrechts dar. Das ist übrigens nicht überraschend, wenn man bedenkt, dass die Vorlage des ADHGB-Projekts auf der Nürnberger Konferenz und die politische Einigung Itali-

⁴⁷ A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 522 ff.

⁴⁸ Die Trennung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs war ein Ausdruck innerer Spaltung des Bürgertums: Das Bürgerliche Gesetzbuch drückte die Interessen des Landbürgertums und, marginal, des Landadels aus und konzentrierte sich auf den Immobilienreichtum und das statische Eigentumsrecht; Das Handelsgesetzbuch war hingegen das Gesetzbuch des dynamischen Handels und des industriellen Bürgertums. Dies erklärt das Vorhandensein einer doppelten Regelung von Verpflichtungen und Verträgen: Während der Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch nur eine Möglichkeit zum Kauf von Eigentum darstellt, ist er im Handelsgesetzbuch eher ein Instrument der Spekulation, wodurch man einen Gewinn anstrebt.

⁴⁹ Die ersten Jahre nach der Vereinigung Italiens waren der Schaffung grundlegender wirtschaftlicher und administrativer Strukturen gewidmet. Die ersten wirtschaftlichen Ergebnisse des vereinigten Italiens waren enttäuschend im Vergleich zu den Erwartungen der herrschenden Klassen und im Vergleich zu den Ergebnissen die im selben Zeitraum von den transalpinen Ländern, insbesondere von dem latecomer Deutschland, erzielt wurden. Die Freihandelslinie der Regierung führte zu einer Intensivierung des Austauschs, die die Einführung des neuen Staats in den europäischen Wirtschaftskontext ermöglichte.

ens nur einen Tag voneinander entfernt stattfanden (am 16. und 17. März 1861)⁵⁰. Das ADHGB stand für ein modernes und nahezu perfektes System des Handelsrechts (vgl. Par. 7). Das ausländische Recht, auch wenn es von den meisten als „Recht des Feindes“ angesehen wurde, stellte die Gelegenheit dar, sich den Mängeln und Lücken des autochthonen Rechts zu stellen und angesichts der veränderten wirtschaftlichen Realität und der sich daraus ergebenden Entwicklung an einer generellen Bearbeitung der Handelsinstitutionen, die jetzt größere Geschwindigkeit und Freiheit in der Form erforderlich machten, zu überdenken. Der Blick ins Ausland machte es möglich, eine zeitgemäße Gesetzgebung zu erschaffen⁵¹:

„Il consolidamento dell'indipendenza politica, la coscienza di un'identità nazionale e la lontananza dell'esperienza napoleonica consentivano di perseguire l'obiettivo senza soggezioni ideologiche, facendo tesoro dell'evoluzione legislativa maturata [...] in Germania e tenendo conto delle trasformazioni intervenute nel credito, nei trasporti e nell'industria“⁵².

In der Gesamtheit betrachtet wurde der Codice di Commercio von 1882, sowohl von der öffentlichen Meinung, als auch von den Juristen wohlwollend begrüßt. Das Gelingen und der Erfolg dieser Regelung kann durch die Dauer seiner Anwendung und seiner Gültigkeit nachgewiesen werden. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass das allgemeine Konzept des neuen Codice di Commercio Gegenstand einiger Kritiken und Reformvorschläge war⁵³.

5. Der Codice di Commercio von 1865

Das erste Handelsgesetzbuch des einheitlichen Italiens, das am 25. Juni 1865 erlassen wurde und am 1. Januar 1866 in Kraft trat, entsprach fast gänzlich dem Codice albertino,

⁵⁰ Vgl. F. Mazzarella, Kingdom of Italy (1861-1946), in M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

⁵¹ „[...] alcuni Stati europei rinnovarono già la loro legislazione commerciale, ed altri attendono alacremente a tale opera importante. Sarebbe troppo doloroso che l'Italia nostra, che ha speciali ed urgenti ragioni per sollecitare la stessa riforma e che ha preceduto la maggior parte delle altre Nazioni negli studi preparatorii, fosse l'ultima o delle ultime a raggiungere la meta“. Relazione e Progetto di legge presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Taiani) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Majorana-Calatabiano) nella Tornata del 13 febbraio 1879 per dare la facoltà al Governo di pubblicare e porre in esecuzione il nuovo Codice di Commercio, in Margheri, Vorarbeiten, Band IV, S. 287 ff.

⁵² F. Mazzarella, Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra, Giuffrè, Mailand, 2016, S. 87-88.

⁵³ Insbesondere wollte Cesare Vivante in der Veröffentlichung von 1882 „Per un codice unico delle obbligazioni“ die zivilen und Handelsvorschriften in einem einzigen Text zusammenfassen und verurteilte die geltenden Rechtsvorschriften als „espressione della concezione corporativa e della egoistica difesa di interessi di un ceto mercantile forte, che negava il principio di uguaglianza e perturbava la solidarietà sociale“. M. R. Di Simone, Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo, Giappichelli, Turin, 2007, S. 295. Vivantes Kritik ist Teil einer Lehrmeinung, die schließlich zur Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsrechts im italienischen Zivilgesetzbuch von 1942 führen wird.

mit Ausnahme einiger Aktualisierungen, Vereinfachungen und Änderungen, die notwendig waren, um die einzelnen Bestimmungen im System zu koordinieren⁵⁴.

Der Entwurf eines Gesetzes vom 24. November 1864 über die Vereinheitlichung der Gesetzgebung im Regno d'Italia nannte die Handelsrechtskodifikation nicht, da man meinte, dass die materielle Einheit der Handelsgesetzgebung nicht auch eine formale Vereinheitlichung erforderlich machte. Der Codice di commercio von Piemont aus dem Jahre 1842 wurde 1859-1860 auf Emilia, Umbrien und die Marken ausgedehnt, während in der Lombardei und der Toskana weiter der napoleonische Code de Commerce in Kraft blieb, von dem sich sowohl das sardische Gesetzbuch, als auch der neapolitanische Codice di commercio von 1819, das noch in den südlichen Provinzen galt, direkt herleiten ließen. Pasquale Stanislao Mancini⁵⁵ forderte in den parlamentarischen Diskussio-

⁵⁴ Über die Vorarbeiten des Codice di commercio von 1865 vgl.: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3231 ff.; Camera di Commercio ed Arti di Milano, Osservazioni sopra alcuni punti del nuovo Codice di Commercio del Regno d'Italia; Relazione al codice del Ministro Guardasigilli; Macini discorso alla Camera dei Deputati vom 15. Februar 1865; G. Carnazza Puglisi, Il diritto commerciale secondo il Codice di commercio del Regno d'Italia, Mailand, 1868, Band I, S. 136-177.

⁵⁵ Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888): Jurist und einer der bedeutendsten Politiker des 19. Jahrhunderts in Italien. Schon als Jüngling nahm er am Kampf um die Einigung Italiens teil und wurde dabei einer der Protagonisten. Sein ganzes Leben wurde von der Politik und der Wissenschaft geprägt. Mancini blieb der Idee treu, dass der Erfolg des politischen Einigungsprozesses von der Neubegründung der Rechtswissenschaft ebenso abhängig war, wie von der Öffnung gegenüber europäischen Erfahrungen. Von solchen Überzeugungen bewegt, realisierte er bereits während der bourbonischen Epoche sein kulturelles Programm und nutzte dazu Zeitungen und editorische Aktivitäten, weil er hierin die wichtigsten Instrumente sah, um die wissenschaftliche Integration seines Landes zu bewirken. Die Ereignisse des Jahres 1848 bewirkten einen Stillstand seiner Vorhaben. Sein Interesse an der konstitutionellen Bewegung und die Veröffentlichung der von der bourbonischen Herrschaft sofort verbotenen Zeitschrift „Il Riscatto“ trieben Mancini ins Exil. Wie viele Juristen aus dem Süden, zog er sich nach Turin zurück. Dort wurde ihm 1850 der gerade eingerichtete Lehrstuhl für öffentliches Recht und internationales Privatrecht übertragen. Im folgenden Jahr erschien, rechtzeitig zu Beginn des akademischen Jahres, das Werk „La nazionalità come fonte di diritto delle genti“, in dem er die Theorie der Nationalität, die zur politisch-juristischen Doktrin der nationalen Einigung werden sollte, entwickelte. In jenen Jahren in Turin nahm Mancini lebhaften Anteil an verschiedenen herausgeberischen Aktivitäten, so am „Archivio storico italiano“, am „Archivio giuridico“ und an der Gründung der „Annali della Giurisprudenza italiana“. 1855 wurde er zum Abgeordneten gewählt. Im gleichen Jahr brachte er, zusammen mit Antonio Scialoja und Giuseppe Pisanelli, den Commentario del Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi, con la comparazione degli altri Codici italiani e delle singole legislazioni straniere heraus. 1862 wurde er zum Unterrichtsminister und 1876, mit der Unterstützung der politischen Linken, zum Justizminister ernannt. Ab 1872 war er Präsident des Institut de droit international in Genf. Im Mai 1881, kurz vor der Ernennung zum Außenminister, entwickelte er ein Projekt für eine Enciclopedia giuridica italiana. Diese gewichtige verlegerische Unternehmung vereinte alle Bereiche des Rechts im Bestreben, das gesamte juristische Wissen der Nation zu sammeln. Während seiner vier Amtsjahre als Außenminister entfaltete Mancini wichtige Initiativen. Ihm ist die Einigung über den „Dreierbund“ ebenso zu verdanken wie der Abschluss der Handelsverträge mit Frankreich und Deutschland. Er war Initiator der Triplice Alleanza mit Deutschland und Österreich. Er war Autor von zahlreichen Schriften über internationales Recht und über Zivil-, Zivilprozess- und Strafrecht. M. Stolleis, Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, C.H. Beck, 2001, S. 417-418.

„Pasquale Stanislao Mancini è stato un protagonista centrale della storia giuridica europea, sebbene non abbia avuto molta fortuna dal punto di vista storiografico. L'affermarsi dello specialismo disciplinare e i cambiamenti di paradigma avvenuti nella cultura giuridica italiana nel corso degli anni Settanta e Ottanta dell'Ottocento lo hanno a lungo confinato nella galleria polverosa dei padri fondatori e oggetto solo di

nen über die Vereinheitlichung der Gesetzgebung, dass auch für das Handelsrecht sofort ein einheitliches Gesetzbuch angenommen werden müsse und schlug vor, dass dieses gemeinsame Gesetzbuch in der Zwischenzeit das sardische von 1842 sein sollte, obwohl es bereits als überholt anzusehen wurde⁵⁶. Der Vorschlag Mancinis wurde sofort von der Regierung genehmigt und vom Parlament angenommen. Das Gesetz über die Vereinheitlichung nannte daher unter den Gesetzbüchern, die für das gesamte Regno d'Italia gelten sollten, auch den sardischen Codice di commercio. Die einzigen eingeführten Änderungen betrafen einige Institute, die die Gesetzgebung des Regno di Sardegna schon im vergangenen Jahrzehnt teilweise neu geregelt hatte: das Wechselrecht, die Orderpapiere, die Vermittler und die Handelsmakler; außerdem wurden die Artikel des neapolitanischen Gesetzbuchs über die Lagerscheine hinzugefügt. Das gleiche Gesetz Nr. 2215 vom 2. April 1865 ermächtigte die Regierung,

„di introdurre le modificazioni necessarie per coordinare in ciascuna materia le particolari disposizioni, sì nella sostanza che nella forma, col sistema e coi principii direttivi adottati, senza alterarli, nonché per coordinare tali Codici e Leggi fra loro e con altre Leggi dello Stato“.

Am Codice di Commercio arbeitete eine spezielle Kommission vom 10. April bis zum 26. Mai 1865, unter dem Vorsitz des aus Genua stammenden Antonio Caveri. Die Protokolle der 32 Arbeitssitzungen wurden zwar vollständig veröffentlicht, allerdings ist daraus nicht ersichtlich, wer die einzelnen Kommissionmitglieder waren. Das Ergebnis war ein Handelsgesetzbuch, das dem sardischen Codice von 1842 sowohl von der Systematik her, als auch von den einzelnen Artikeln her glich. Es gab trotzdem einige bedeutsame Änderungen: Im ersten Buch wurde Maklerberuf präziser geregelt, ein neuer Titel wurde den Handelsverträgen im allgemeinen gewidmet, der Titel über den Verkauf wurde erweitert, die Regelung über die Gesellschaften wurde modifiziert, ein Titel über das Handelspfand wurde eingefügt und dem Aussteller wurde zugebilligt, den Wechsel auf sich

ricordi celebrativi. Al contrario, il suo profilo biografico e la sua ricchissima produzione – fatta di memorie forensi, testi legislativi, discorsi parlamentari, progetti editoriali più che di opere dottrinali – ci restituiscono la vera immagine del giurista italiano del 19° sec.: avvocato, professore, parlamentare“. L. Nuzzo, Pasquale Stanislao Mancini, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012.

⁵⁶ „Fu Pasquale Stanislao Mancini a richiedere, nelle discussioni parlamentari sulla unificazione legislativa, che anche per la materia commercialistica l'Italia adottasse senza indugio un codice unico, ed a proporre che tale codice fosse intanto quello sardo del 1842, pur ormai da considerarsi superato“. A. Padua-Schioppa, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 155.

selbst zu ziehen. Die begrenzte Zeit ließ keine weiteren Änderungen zu; Insbesondere war es nicht möglich, das deutsche ADHGB von 1861 genügend zu berücksichtigen⁵⁷⁻⁵⁸.

Der Codice di Commercio von 1865 wurde in vier Bücher aufgeteilt: I. Del commercio in generale (Art. 1-283); II. Del commercio marittimo (Art. 284-542); III. Del fallimento e della bancarotta (Art. 543-722); IV. Della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale (Art. 723-732).

Nur drei Jahre nach seinem Inkrafttreten wurde der Codice di Commercio von 1865 einem langen Reformprozess unterzogen, der erst 1882 mit dem Erlass eines neuen Handelsgesetzbuchs abgeschlossen wurden. Tatsächlich war er nicht für die damaligen Bedürfnisse des Handels geeignet⁵⁹.

⁵⁷ Der Codice di commercio von 1865 übernahm vom ADHGB sowohl die Norm über die Prävalenz von Handelsgebräuchen im allgemeinen Zivilrecht (Art. 1 ADHGB „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung“; Art. 89 des Codice di commercio von 1865 „I contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal codice civile“), als auch die Norm über die Schuldner Solidaritätsvermutung bei Handelsverpflichtungen (Art. 280 ADHGB „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Anderen gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Übereinkunft mit dem Gläubiger das Gegenteil ergibt“; Art. 90 des Codice di commercio von 1865 „Nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contraria“).

⁵⁸ „Non rispondeva del tutto a verità [...] quanto si leggeva nella Relazione Mancini, e cioè che, nella redazione del codice di commercio del 1865, non potevasi facilmente andare più oltre [rispetto alle leggi e ai codici di cui si era tenuto conto], imperocché in quel tempo non sarebbero state accolte senza sospetto in Italia altre più radicali innovazioni; né lo stato delle opinioni consentiva che nei più gravi argomenti del Diritto Commerciale la legislazione italiana si accostasse alla legislazione tedesca, traendo profitto dei dotti studi di quei giureconsulti“ G. B. Portale, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Rivista delle società*, Jahr LIII, Band 1 – 2008. Italienische Version, mit Hinzufügung von Fußnoten, des Unterrichts vom Prof. Portale in der Alte Aula der Universität Heidelberg am 24. Oktober 2007.

⁵⁹ „Il vigente Codice di commercio non solamente è inadeguato alle nuove esigenze della vita commerciale, ma non possiede neanche il pregio di essere opera prettamente nazionale, portando ancora manifesta in molte sue parti l'impronta della sua immediata derivazione dal Codice francese del 1807 [...] il Codice di Commercio Albertino [...] ebbe qualche notevole modificazione e miglioramento di fronte al Codice francese del 1807; ma erano pure sempre innovazioni di origine francese. [...] Altre modificazioni furono introdotte nel Codice [...] del 1865 [...] ma la riforma fu ben lungi dal soddisfare alle crescenti necessità del commercio, ed ai voti della scienza in questa importantissima parte della legislazione“. Relazione e Progetto di legge presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Taiani) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Majorana-Calatabiano) nella Tornata del 13 febbraio 1879 per dare la facoltà al Governo di pubblicare e porre in esecuzione il nuovo Codice di Commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 287 ff.

„Ma non parve che questo nuovo Codice soddisfacesse all'universale, e ciò perché il nostro giovane Regno, come tutti gli Stati che hanno avuto più recenti e liberi ordinamenti politici sono desiderosi di novità legislative, dalle quali aspettano ogni prosperità; fine desiderabile, ma che può difficilmente raggiungersi, sì perché viviamo in un tempo nel quale il commercio si trasforma e apparisce il bisogno di nuove regole, e sì perché non sono principalmente le leggi che possono darla“. Relazione della commissione Senatoria composta dei Senatori Duchoqué, Martinelli, Borgatti, Serra F. M., Trombetta, Cabella, Astengo, Ghigliera, Pasella, Vitelleschi, Zini, Casaretto, Finali, Fenzi, Saracco e Corsi T., (relatore). Sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 314.

6. Der Codice di Commercio von 1882

Infolge der Einbeziehung der venetischen Provinzen in das Regno d'Italia (1866) stellte sich die Frage, welches Recht in den neugewonnenen Gebieten anzuwenden sei. Was das Handelsrecht betrifft, wurde, als Folge der Zugehörigkeit zur österreichischen Monarchie⁶⁰, in Venetien seit 1850 die deutsche Wechselordnung und seit 1863 das deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) angewandt. Dies erklärt den beträchtlichen Widerstand gegen die Einführung eines weniger modernen Gesetzbuches, wie es das Handelsgesetzbuch Italiens von 1865 war⁶¹.

So begann ein Reformprozess des geltenden Codice di Commercio.

„La proposta fu suggerita dall'intento di agevolare e sollecitare la riforma della nostra legislazione commerciale, già preparata da lunghi e maturi studi di Commissioni composte di distinti giureconsulti e di persone versate nelle pratiche del commercio, e vivamente reclamata dai nuovi e cresciuti bisogni della vita commerciale, e dai progressi della dottrina. [...] [ed è] destinata a soddisfare uno dei più imperiosi bisogni del nostro Paese“⁶².

1869 schlug Pasquale Stanislao Mancini vor, eine vollständige Überarbeitung des Handelsgesetzbuches vorzunehmen. Diese Forderung wurde sofort von der Regierung angenommen und vom Parlament gebilligt. Die zu diesem Zweck von der Regierung eingesetzte Kommission, die unter dem Vorsitz des aus Genua stammenden Antonio Caveri arbeitete, der schon vier Jahre zuvor die Revision des Handelsgesetzbuches geleitet hatte, bestand aus dreizehn Mitgliedern. Die Arbeit begann sofort und dauerte zweieinhalb Jahre, vom September 1869 bis zum April 1872. Dank der Protokolle, die vom Sekretär Giovanni Battista Ridolfi verfasst wurden und alle Details beinhalten, kann man die Arbeiten der Kommission nachvollziehen und in drei Phasen aufteilen⁶³.

⁶⁰ Das ADHGB wurde als „Allgemeines Handelsgesetzbuch“ (AHGB) 1863 im Kaisertum Österreich eingeführt. Nach Gründung der Republik Österreich hatte es hier allgemeine Geltung bis zum Anschluss an das Deutsche Reich am 13. März 1938. Danach wurde es durch das HGB abgelöst.

⁶¹ Auf der Grundlage von der neuen Kodifizierung gab es „l'esigenza di riformare la legislazione italiana a seguito dell'annessione delle Provincie Venete e la necessità di estendere l'ambito di applicazione del diritto commerciale in conseguenza dell'ampliamento delle relazioni economiche, dell'incremento di operosità nazionale, della perenne evoluzione dei bisogni del commercio e delle forme svariate de' suoi negozi create dall'ingegnosa attività dell'industria“. Relazione ministeriale con la quale Mancini presentò al Senato, nella tornata del 18 giugno 1877, il progetto definitivo del Codice di commercio.

⁶² Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Villa) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) e discussione al Senato nella Tornata del 19 febbraio 1880 per la riproduzione del progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione il nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 305-306.

⁶³ Über die Vorarbeiten des Codice di Commercio von 1882 vgl.: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3234 ff.; M. R. Di Simone, Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo, Giappichelli, Turin, 2007, S. 293 ff.; A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 526 ff.; A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in Saggi di storia del diritto commerciale, Mailand, 1992.

Die erste Phase dauerte nur fünfzehn Tage im Oktober 1869 und fand in Florenz statt. Die Kommission formulierte ihre Ansichten zu verschiedenen zentralen Themen der neuen Handelsgesetzgebung: Das Wechselrecht sollte die Prinzipien des deutschen Rechts, insbesondere das Abstraktionsprinzip, befolgen, die Aktiengesellschaften sollten vom Hindernis der staatlichen Genehmigung befreit werden, wie es in England und in Frankreich einige Jahre zuvor geschehen war, das Konkursrecht sollte strenger und wirkungsvoller werden, der Personalarrest für Schuldner sollte abgeschafft werden und die Verjährungsfrist im Handelsrecht sollte auf zehn Jahre reduziert werden⁶⁴. Nachdem die Kommission diese ersten Beschlüsse gefasst hatte, beauftragte sie die Referenten mit der Ausarbeitung von einzelnen Teilen des Gesetzbuchs. Nach dem Tode des Vorsitzenden Caveri wurde dieser durch den neuen Vorsitzenden Nicola Alianelli ersetzt.

In der zweiten Phase (1869-1871) wurden zunächst einige allgemeine Grundsätze diskutiert; darunter die wichtige Frage, welcher Regelung die einseitigen, zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann, geschlossenen Handelsgeschäfte unterliegen sollten. Während der *Codice di Commercio* von 1865 nur für die Kaufleute Vorzüge vorsah, entschied sich die Kommission für die Annahme des konträren Prinzips des deutschen Handelsgesetzbuchs (vgl. Kapitel II). Die Beratung der Artikel über den Wechsel, welche von Giuseppe Carnazza Puglisi (Professor für Handelsrecht in Catania) vorgeschlagen und trotz der Kritik von Ercole Vidaris (Professor für Handelsrecht in Pavia) im Wesentlichen von der Kommission gebilligt worden waren, war sehr ausführlich. Es wurden unter anderem die Regelungen der Tratten und der Sichtwechsel vereinheitlicht. Der Transportvertrag wurde gemäß dem Entwurf des Referenten Francesco Piccoli (Anwalt in Padova) geregelt, der zwar vom deutschen Gesetzbuch beeinflusst, aber den privaten Eisenbahngesellschaften gegenüber strenger war. Zu diesem Zeitpunkt wurden die Arbeiten der Kommission für eineinhalb Jahre unterbrochen. Dieser Zeitraum fiel mit der entscheidenden Periode der *questione romana* zusammen.

Die dritte und letzte Phase (Dezember 1871-April 1872) fand nicht mehr in Florenz, sondern in Rom statt. Es wurden drei grundlegende Teile des Entwurfs ausgearbeitet: Der Titel über die Handelsgesellschaften, der von Tommaso Corsi (Anwalt in Florenz, später Senator) vorbereitet worden war und der eine detaillierte Regelung der Aktiengesellschaft enthielt. Das zweite Buch handelte vom privaten Seerecht. Das dritte Buch über das Konkursrecht war allein von Mancini bearbeitet worden und beinhaltete viele bedeutende Neuerungen.

Die Ergebnisse der Kommissionsberatungen wurden 1873 als *Progetto preliminare* in 4 Büchern mit 1005 Artikeln veröffentlicht. Danach wurde der Entwurf der Justiz, den Handelskammern und den juristischen Fakultäten zur Begutachtung übergeben. Zwischen 1874 und 1876 sprachen zahlreiche Handelskammern und die juristischen Fa-

⁶⁴ „Se le Leggi romane ritennero per la prescrizione ordinaria il termine di 30 anni, dopo tanti secoli debbasi ritenere sufficiente un termine minore. Che se non è ora il caso di metter mano alle disposizioni del Codice civile, nulla osta che si segua nel Codice di commercio un'idea di progresso, tanto più che il commercio in specie trae vantaggio da quelle circostanze, e la vigilanza e l'attività che si vollero promuovere costituiscono del commercio le caratteristiche centrali“. Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 73.

kultäten von Turin und Pisa ihre Bemerkungen aus. Das Urteil über den Entwurf war grundsätzlich positiv, allerdings wurden einige Details kritisiert. 1878 erschien ein umfangreicher, wertvoller Band, in welchem die Bemerkungen nach Themen geordnet waren. Die Bemerkungen zum Gesellschaftsrecht sind an anderer Stelle veröffentlicht worden.

Der Senat war seiner Zeit voraus, als er 1875 einen wichtigen Entwurf zur Genehmigung vorlegte. Dieser Entwurf wurde nicht zum Gesetz, da er nicht in die Beratung der Kammer der Deputierten gelangte. Nach dem Sturz der Destra und der Machtergreifung der Sinistra (März 1876) wurde Pasquale Stanislao Mancini Justizminister⁶⁵. In dieser Zeit gingen die Arbeiten am Handelsgesetzbuch, die unterbrochen worden waren, voran. Er setzte eine neue Kommission ein, deren Zusammensetzung sich von der Kommission von 1869-1872 zum Teil unterschied. Diese Kommission wurde beauftragt, den Vorentwurf neu zu bearbeiten und dabei die zwischen 1874 und 1875 vorgebrachten Einwände zu berücksichtigen. Die Arbeiten dieser Kommission scheinen nicht aufgezeichnet worden zu sein. Es war dann wieder Mancini, der einen neuen Entwurf auf der Grundlage dieser Arbeiten verfasste. Dieser trug den Titel *Progetto ministeriale* und erschien 1877, nebst einem eingehenden, auch von Mancini verfassten Bericht, der wissenschaftlich ausgearbeitet und ausführlich, wenn auch unvollständig war und sogar das Gesellschaftsrecht thematisierte. Dieser Ministerialentwurf enthielt wichtige Neuerungen gegenüber dem Vorentwurf: Unter anderem wurden die speziellen Handelsbräuche den allgemeinen vorangestellt, Immobilien konnten nun Gegenstand von Handelsgeschäften sein, Telegramme wurden als Beweismittel anerkannt und man übernahm für die einseitigen Handelsgeschäfte das Prinzip des deutschen Gesetzbuches, das die Bestimmungen des Handelsrechts auf Nichtkaufleute ausdehnte. Ein Vorschlag, der vorsah, dass das Handelsgericht anstelle des Notars den ordnungsgemäßen parlamentarischen Verlauf kontrollieren solle, wurde im Juni 1877 dem Senat unterbreitet, blieb aber dort ein Jahr lang unerledigt liegen.

Anfang 1879 ergriff Minister Tajani, der Nachfolger Mancinis, eine Initiative, die sich als entscheidend erweisen sollte. Er ersuchte den Senat, die Regierung zu ermächtigen, das *Progetto ministeriale*, nach den letzten notwendigen Änderungen, in Kraft zu setzen. Der Senat berief zur Überprüfung des Vorschlages eine Kommission ein, in der Corsi die sofortige Annahme des Entwurfs empfahl. Ein Jahr später wurde der Vorschlag von Tajani im Plenum diskutiert (11.-14. Juni 1880). Der Senat überprüfte nur diejenigen Artikel des Entwurfs, bei denen die Kommission Corsi Änderungen des *Progetto ministeriale* von 1877 vorschlug, wie zum Beispiel bei der Gründung von Aktiengesellschaften und Versicherungen.

⁶⁵ „Né l'avvento della Sinistra al potere – quella Sinistra della quale la storiografia ha sottolineato una tendenza più favorevole all'industria rispetto alla Destra maggiormente filo-agraria – sembra aver modificato sensibilmente la linea dei lavori per il Codice, anche perché uomini della Sinistra, quali Mancini, avevano preso parte ai lavori sin dall'inizio". A. Padoa-Schioppa, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 197.

Der so modifizierte Entwurf und der Vorschlag der Bevollmächtigung der Regierung wurden am 29. Juni 1880 angenommen (Progetto senatorio). Der Entwurf wurde dann an die Deputiertenkammer weitergeleitet, in deren Kommission Mancini als Referent fungierte. Der Bericht, den er der Kammer Anfang 1881 gab, schloss mit der Aufforderung, das Gesetzbuch und die Ermächtigung an die Regierung ohne weitere Änderungen an dem vom Senat beschlossenen Text zu verabschieden. Die Diskussion in der Kammer dauerte 10 Tage (21.-31. Januar 1882). Anfangs schien es, als ob der Entwurf großen Schwierigkeiten begegnen würde: Varé, der Deputierte des Veneto kritisierte, dass der Entwurf das Werk eines einzigen Mannes (womit er Mancini meinte) sei, und er formulierte zahlreiche Einwände. Auch andere Redner kritisierten einige Teile des Entwurfs. Für andere Deputierten, die den Entwurf verteidigten, stellte dieser einen deutlichen Fortschritt gegenüber dem Gesetzbuch von 1865 dar. Mancini – der als Vater des Entwurfes hinzugezogen worden war – antwortete mit einer bedeutenden Rede, die auf alle Kritikpunkte einging und eindringlich die Absicht des Gesetzbuches deutlich machte. Am 31. Januar 1882 nahm die Kammer das Gesetzbuch in der Fassung des Senatsentwurfs an. Die Regierung musste nun eine letzte Überprüfung durchführen, wobei sie sich an die vorgegebenen Grenzen der Ermächtigung halten musste. Dies erfolgte durch die Arbeit einer Kommission, die aus Parlamentariern und Professoren zusammengesetzt war, von denen viele schon an den Vorarbeiten für das Handelsgesetzbuch teilgenommen hatten. Die Vorschläge einer Subkommission wurden in fünf Sitzungen im Juli 1882 intensiv diskutiert und etwa hundert Artikel wurden zur formellen Verbesserung vorgelegt. In dieser Fassung wurde das Handelsgesetzbuch mit einer Einleitung von Minister Zanardelli im Oktober 1882 durch das königliche Dekret Nr. 1062 vom 31. Oktober veröffentlicht und trat am 1. Januar 1883 in Kraft.

Im Handelsgesetzbuch blieb die systematische Einteilung in vier Büchern des vorigen Codice di Commercio erhalten: I. Del commercio in generale (Art. 1-479); II. Del commercio marittimo e della navigazione (Art. 480-682); III. Del fallimento (Art. 683-867); IV. Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata (Art. 868-926). Obwohl die Struktur des Code de commerce beibehalten wurde, berücksichtigte – so Mittermaier⁶⁶ – man dieses Mal die normative Entwicklung in Deutschland. Man blickte dabei sowohl auf das ADHGB (1861) und auf die Allgemeine Deutsche Wechselordnung (ADWO – 1848), als auch auf die großen wirtschaftlichen Veränderungen der zweiten industriellen Revolution. Die Neuerungen waren bedeutsam und zahlreich.

Aus dem ersten Buch werden folgende Neuheiten behandelt: Das Gesetzbuch hat die Prävalenz der Handelsbräuche im Bereich des Handels gegenüber dem Zivilrecht mit Entschiedenheit und Klarheit eingeführt. Zivilrecht kann demnach nur in Ermangelung spezifischer Handelsnormen angewandt werden (Art. 1). Das bedeutete die Anerkennung der Autonomie der Quellen des Handelsrechts und damit der Autonomie dieses Rechtsgebiets. Das Gesetzbuch schloss in Italien den Prozess der Ausweitung des Handelsrechts und sah eine klare Trennung der zivilen Beziehungen und der Handelsbezie-

⁶⁶ In Zeitschrift für das gesamte Handels – und Wirtschaftsrecht (ZHR) 29 (1883), S. 132 ff.

lungen vor⁶⁷. Den Handelsgeschäften sind 175 Artikel anstelle von 81, wie im Gesetzbuch von 1865, gewidmet.

Das Gesetzbuch grenzte die Handelsangelegenheiten (Art. 3) mit einer langen Liste von 24 objektiven Handelsgeschäften – unabhängig von den Subjekten, die sie durchführen – ab (einschließlich einiger besonderer Handelsgeschäfte für spezielle Gesellschaftskategorien: z.B. Gesellschaften von Fabriken und Gebäuden, und Herstellergesellschaften). Eine genaue Definition des Handelsgeschäftes wurde zwar von Vielen gewünscht, wurde aber wegen der unüberbrückbaren Schwierigkeiten, eine einheitliche Definition zu liefern, aufgegeben. Ein weiterer Grund waren die möglichen Ungereimtheiten, die sich aus einer unvollständigen Definition ergeben könnten, da *omnis definitio in iure civili periculosa est* (Jav. Dig. 50, 17, 202). Die objektiven Handelsgeschäfte wurden in den Gegensatz zu den subjektiven Handlungen der Händler (Art. 4) gestellt, die der Art. 8 als „*coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali*“ definierte. Es wurde eine Reihe allgemeiner Regeln (vor allem die Regelung zum Vertragsschluss zwischen Abwesenden, Art. 36) festgelegt (Artikel 36-52), um den Vertragsschluss und den Umlauf von beweglichem Vermögen zu erleichtern. Handelsrecht gilt auch bei einseitigen Handelsgeschäften für beide Parteien. Die Debatte über die Regulierung der Gesellschaften war intensiv. Im Einklang mit der europäischen Orientierung wurde schließlich, durch die übermäßige Einmischung des Staates in die Aufhebung der Ermächtigung für die Aktiengesellschaften erleichtert wurde, während die Kontrolle über die Aktiengesellschaften dem Zivilgericht zuerkannt wurde. Die Genossenschaften wurden anerkannt und die Regelung des Wechselrechts wurde beträchtlich erneuert⁶⁸. Neu sind außerdem die Titel über das Termingeschäft, über den Bankscheck,

⁶⁷ Der Gegensatz zwischen Handels – und Zivilrecht war offensichtlich. „Il diritto commerciale infatti nasce come corpus normativo autonomo dal diritto civile, retto da principi, formato da norme, contrapposti ai principi e alle norme di questo“. Seine Autonomie und Gegenüberstellung hatten auch topographische Beweise, da die Zivil – und Handelsgesetzgebung getrennt waren. 1942 jedoch, wählte Italien den Weg der Vereinigung der beiden Gesetzbücher (während Deutschland und Frankreich den Dualismus beibehielten). „Se gli storici insegnano che su questa scelta molto influì [...] l'ideologia del regime, è certo però che essa non emerse dal nulla, ma rappresentò l'esito di un animato confronto che aveva agitato il pensiero giuridico e politico nei decenni precedenti“. Das Verschwinden des Handelsgesetzbuchs und die Übernahme seiner Vorschriften in das neue Einheitsgesetzbuch beendeten die Kontroverse nicht, sondern änderten die Perspektive: „Il diritto commerciale resta, oggi, un sistema giuridico autonomo e distinguibile dal diritto civile, o i suoi istituti e le sue norme debbono ritenersi ormai assorbiti in un sistema privatistico unitario e differenziato? [...] il diritto commerciale costituisce, all'interno dell'ordinamento privatistico, un sistema giuridico speciale e separato, sebbene non autosufficiente, rispetto al diritto civile“. Es steht fest, dass es immer mehr in die Richtung einer „commercializzazione del diritto privato“ geht, d.h. die Verallgemeinerung der Prinzipien des Sonderrechts und ihre Bestätigung als neue private gemeinsame Prinzipien. A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirome, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarrone Alibrandi, M. Sciuto, *Diritto commerciale* (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 9 ff.

⁶⁸ Die neue Regelung des Wechselrechts folgt zumeist dem deutschen Modell. Insbesondere wurde das im deutschen Gesetz von 1848 anerkannte Abstraktionsprinzip der Wechselverpflichtung angenommen, so dass der Wechsel als „eine rein formelle Verpflichtung zur Zahlung oder Erhebung einer bestimmten Summe an einem bestimmten Ort und einer bestimmten Frist an deren Besitzer“ definiert wurde. Der Wechsel wurde daher zu einem effizienten und sicheren Instrument, das das mittelalterliche Konzept des *cambio traettizio* übertraf (dies diente dazu, die Währung für Zahlungen an einem bestimmten Ort zu erhalten, wodurch die Kosten und Risiken des Transports eingespart wurden). Mit dem Wechsel wird

über das Kontokorrent, über den Transportvertrag und über die Schadens – und die Lebensversicherung. Hinsichtlich der Lagerhäuser und Warendepots übernahm das Gesetzbuch ein Gesetz von 1871.

Das zweite Buch über den Seehandel hebt sich weniger vom Gesetzbuch von 1865 ab, aber enthält trotzdem einige Modifikationen. Dieses Buch regelt die Schifffahrt, die Pflichten des Kapitäns, die Rekrutierung und Gehälter der Crew, den Charterpreisvertrag, den Kredit – und Seewechsel, die Versicherungen, die Havarien und bevorrechtigten Forderungen. Dieser Teil war weniger entwickelt und erfolgreich als die anderen, erschien dem Fortschritt der Transportmittel sofort unangemessen und bezog sich zu sehr auf die Vergangenheit. Z.B. rief die Erhaltung des Instituts des Seewechsels – die schon in Nichtbeachtung geraten war – und die fehlende Einführung der Schiffshypothek, zahlreiche Kritiken hervor.

Das dritte Buch wurde für das gelungenste des ganzen Gesetzbuchs gehalten. Das 1838 reformierte französische Handelsgesetzbuch und vor allem das belgische Gesetz von 1851 dienten dafür als Vorbild. Darin wird die Regelung des Konkursrechts grundlegend abgeändert: Es wird ein einziger Verwalter vorgeschrieben, der nicht auch Gläubiger sein darf, die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen den Bankrotteur erfolgt gleichzeitig mit der Konkursanmeldung, das Vorgehen bei der Liquidation der Aktiva und Passiva wurde abgeändert und das Institut der Stundung wurde eingeführt.

Das vierte Buch über die Handelsgerichtsbarkeit enthielt spezifische Regeln, die darauf abzielten, die wachsende Dynamik der Wirtschaft zu begünstigen. Insbesondere wurde die normale Verjährungsfrist im Handel verkürzt und das Verfahren vor den Handelsgerichten, die jedoch wenige Jahre später (1888) endgültig abgeschafft wurden⁶⁹, wurde geregelt.

Das neue Handelsgesetzbuch war bald Gegenstand von Kritik und Reformvorschlägen⁷⁰, unter denen diejenigen von Cesare Vivante⁷¹ von großer Bedeutung waren.

erstmals die Verdinglichung des Kreditrechts aufgedeckt, d.h. das Phänomen, wofür das Dokument von einem einfachen Beweis des Rechts zum Zustand eines beweglichen Dinges erhoben wird, und das darin erwähnte Kreditrecht wird nicht als Kredit, aber in der gleichen Weise als eine Ware zirkuliert. Das Abstraktionsprinzip des Wechselrechts bildet die Grundlage des derzeitigen Finanzmarktes. Vgl. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010, S. 257 ff.

⁶⁹ Vgl. C. Ciano, *Mercanti in toga. I Tribunali di Commercio nel Regno d'Italia (1861-1888)*. Patron Editore, Bologna, 2012; C. Ciano, *Abolire o riformare? Procedura e giurisdizione commerciale nell'Italia postunitaria*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2010, Nr. LXXXIII, S. 139-198.

⁷⁰ „[...] si può asserire che il Codice del 1882, nato per portare la normativa commercialistica italiana al livello della migliore legislazione europea, ha in larga misura raggiunto lo scopo. [...] Se è vero che ad appena dieci anni dalla sua promulgazione il Codice già veniva sottoposto ad approfonditi lavori di revisione [...] ciò si deve in primo luogo alla rapidità e alla vastità del processo di industrializzazione vissuto dall'Italia in quegli anni. Né può addebitarsi al Codice l'assenza di strumenti concettuali e di categorie giuridiche che la dottrina commercialistica italiana avrebbe elaborato nei decenni successivi alla sua entrata in vigore. [...] Come il Codice abbia svolto il suo ruolo nei sessanta anni in cui rimase in vigore, come abbia risposto alle attese della vigilia e alle sfide del nuovo secolo è una storia diversa, in gran parte ancora da scrivere”. A. Padoa-Schioppa, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 202-203.

⁷¹ „La figura di Cesare Vivante è emblematica testimonianza della dialettica fra società civile, società poli-

a. Bewertung des Codice di Commercio von 1882

Das Streben nach Handelskodifizierung, das sich zunächst durch den Codice di Commercio von 1865 und dann durch den Codice di Commercio von 1882 zeigte, beruhte auf der Notwendigkeit einer Kodifizierung des Handelsrechts.

Während sich die italienische Lehre jahrelang mit den Diskussionen über die Notwendigkeit der Kodifizierung des Zivilrechts⁷² auseinandergesetzt hatte, wurde die Einführung eines Handelsgesetzbuchs von einigen ebenfalls als notwendig erachtet; andere hingegen waren skeptisch gegenüber der Kodifizierung von Handelsangelegenheiten, da sie sich der Veränderlichkeit des Handels und der dadurch begründeten Schwierigkeit bewusst waren, ein Rechtsgebiet zu kodifizieren, welches

„pel movimento delle idee, per il progresso della civiltà, per lo svolgersi di una grande quantità d’interessi, richied[e] frequenti modificazioni, ampliazioni o variazioni; sicché io sono veramente dubbioso, lo dichiaro francamente sono molto dubbioso, se la codificazione convenga alla materia commerciale”⁷³.

Tatsächlich muss bei der Regulierung des Handels seine wandelbare Natur⁷⁴ beachtet werden und die notwendige Handlungsfreiheit, die dem Unternehmer gegeben sein muss. Daraus folgt, dass die Beschränkungen des Handels auf das unbedingt Notwendige begrenzt werden müssen, um den Handel nicht zu behindern⁷⁵. Eine weitere Schwierigkeit für die Kodifizierung von Handelsgesetzen stellte die internationale Natur des

tica ed esperienza giuridica propria dell’Italia tra Otto e Novecento e destinata a crescere nella contrapposizione fra modelli individualistici e modelli collettivistici di sviluppo istituzionale. Essa, infatti, appare carica tanto di un effettivo liberalismo, quanto di un solidarismo sociale che guardava con simpatia all’ascesa delle classi proletarie. Sicché, nella filigrana dell’esperienza del giurista veneto è possibile vedere riflesses le molte stagioni attraversate dall’Italia dalla nascita delle istituzioni unitarie al tramonto dello Stato totalitario”. A. Sciumè, Vivante, Cesare, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto, Treccani*, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

⁷² Vgl. G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*. Giappichelli, Turin, 2011. Übrigens auf jeden Fall „Quando per l’Italia giunge il momento dell’unificazione politica, si è ormai consolidata l’idea che il diritto è funzione del potere politico, è norma legislativa scritta, è nazionale e il codice è strumento per risolvere ogni forma di pluralismo normativo”. R. Ferrante, *Il problema della codificazione*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto, Treccani*, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-codificazione_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

⁷³ Ministro di Grazia e Giustizia, Discussioni tenute al Senato del Regno, Tornata del 28 aprile 1875, in Marghieri, Vorarbeiten, Band III, S. 295.

⁷⁴ „Se vi è materia la quale si ribella alla codificazione, quella è sì la legge commerciale. La voce Codice, nel senso giuridico, significa un corpo di leggi che racchiude un sistema completo di legislazione sopra una data materia; ma perché questo sistema sia completo è d’uopo altresì che sia stabile. Ora questa stabilità invano la si ricerca negli istituti e nelle cose commerciali, le quali sono sempre in balia di quella forza operosa che le travolge di moto in moto, e le spinge verso una perfezione indefinita, che si è la meta dell’umano progresso”. S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 5.

⁷⁵ „Col porre di divieti esagerati si corre risico di inceppare il commercio“. Corsi, Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 65 zum Thema der Abschaffung der Norm, wonach die Gesellschaft keine Obligation oder andere Inhaberpapiere ausstellen kann, wenn das gesamten Gesellschaftskapital bezahlt worden ist und

Handels dar⁷⁶. In Wahrheit stellte sich aber heraus, dass der internationale Charakter des Handelsrechts eher ein Ausgangspunkt für einen Vergleich mit den Rechtsvorschriften der anderen Länder darstellte, und nicht ein Hindernis für die Kodifizierung war⁷⁷⁻⁷⁸. Die Handelsrechtskodifizierung wurde als eine „tra le più necessarie riforme legislative, e tra le più feconde di beneficii economici alla patria nostra“⁷⁹ betrachtet.

niemals für einen Betrag, der das Kapital selbst übersteigt.

„La libertà di azione dei commercianti nel disporre delle cose loro è un elemento essenziale del commercio, quindi la legge deve restringere i vincoli entro i limiti della più stretta necessità. Conseguentemente la legge commerciale dee precludere l'adito alle questioni che potessero aver l'effetto di inceppare il libero movimento dei patrimoni commerciali“. Alianelli, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I Nr. 358 zum Thema der Einführung einer Bestimmung über den Vertragsschluss zwischen Anwesenden in den Codice di Commercio.

⁷⁶ „Noi dobbiamo al commercio molta parte del benessere di cui godiamo. Una gran porzione di questi alimenti, le materie prime dei nostri abiti, il legno che serve a costruire le nostre abitazioni, i varii agi della vita, le medicine che ci salvano dalla morte, sono in massima parte produzioni di paesi stranieri. [...] La Provvidenza ha dato alle varie contrade del globo varii climi, varii terreni, ed a questi terreni la facoltà di produrre diverse specie di sostanze animali o vegetali, e racchiudere nel loro seno metalli e minerali d'ogni maniera. Se il mondo fosse stato diversamente costituito, se ogni contrada avesse avuto la medesima lunghezza di giorni e di notti, il medesimo grado di calore e di freddo, le medesime qualità di terreni, ed avesse subito i medesimi fenomeni sulla sua superficie, ed avesse dato le medesime produzioni, nessun commercio vi sarebbe tra le diverse parti del globo. Ogni paese avrebbe avuto in se stesso tutte le specie di prodotti esistenti nel mondo; non avrebbe potuto ricevere cosa alcuna di cui già non godesse, né saputo dare in cambio se non ciò che un altro paese già possedeva. Laddove i diversi climi, le loro peculiarità le differenze dei loro prodotti che ne sono la conseguenza, sono stati per l'uomo la forza più efficace per ispingerlo allo svolgimento dei rapporti internazionali“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 9-10.

⁷⁷ „Lavoro grave, compito vasto è cotesto, che riuscirebbe di somma difficoltà, se non ricevesse aiuto potente dall'opera legislativa delle altre Nazioni, le quali, o rivedendo la loro intiera legislazione, o provvedendo a speciali istituti di commercio, hanno tracciata la via per regolare i fatti nuovi, e per meglio disciplinare quelli rimasti costanti“. Relazione della commissione Senatoria composta dei Senatori Duchoqué, Martinelli, Borgatti, Serra F. M., Trombetta, Cabella, Astengo, Ghiglieri, Pasella, Vitelleschi, Zini, Casaretto, Finali, Fenzi, Saracco e Corsi T., (relatore). Sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 317.

⁷⁸ Die zeitgenössische Handelsrechtsdoktrin hat die Arbeiten nicht stark beeinflusst, aber ausländische Rechtsmodelle hatten großes Gewicht. Man sieht deutlich, dass der allgemeine Teil und der Teil über das Wechselrecht vorwiegend vom deutschen Modell inspiriert wurden (ADHGB und Wechselordnung), wohingegen der Titel über die Gesellschaften das französische Gesetz vom 24. Juli 1867 und das belgische Gesetz vom 18. Mai 1873 zum Vorbild hat. Der Teil über den Konkurs orientiert sich am neuen dritten Buch des französischen Code de commerce von 1838 und am belgischen Gesetz von 1851. Der Teil über die Versicherung orientiert sich am belgischen Versicherungsgesetz vom 11. Juni 1874. Nichtsdestoweniger entstanden viele Normen des italienischen Gesetzbuchs unabhängig von ausländischen Normen. H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3234 ff.

⁷⁹ Relazione della Commissione della Camera dei Deputati composta dagli onorevoli Mancini poi Taiani Diego presidenti, Ricci e Boselli segretari, Inghilleri, Luzzatti, Ferracciù, Puccioni, Varé, Castellano, Pedroni, Colombini, Incagnoli, Randaccio, Mancini, e poi Pasquali relatori. Sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 497.

Der Codice di Commercio von 1882 konzentrierte sich auf die konkreten Probleme des Handels⁸⁰, um handelsrechtliche Fragen wirksam und zeitgemäß zu regeln⁸¹ und um die Lücken des vorherigen Handelsgesetzbuchs zu schließen.

Die Geschichte des Handelsgesetzbuchs zeigt, dass die Kommissionsmitglieder eine wichtige Rolle spielten, da diese nicht nur Spezialisten der Handelsrechtslehre waren, sondern auch Anwälte für Handelssachen. Der bedeutendste Beitrag war jener von Mancini, der auf dieses Handelsgesetzbuch bestand und den größten Teil der Vorarbeit dazu leistete. Daher erscheint auch die Bezeichnung „Codice Mancini“, die dem Handelsgesetzbuch zuweilen anhaftete, gerechtfertigt. Die Kommissionsmitglieder legten ihren Fokus auf die konkreten Interessen, sowie auf die praktische Anwendbarkeit und auf die konkreten Konsequenzen der Regeln⁸². Sie arbeiteten mit großer Sorgfalt⁸³. Besonders Mancini hatte eine sehr präzise und effiziente Arbeitsweise. Er suchte nach der besten Fassung der Regeln, „con l'unico scopo di raggiungere la maggior perfezione nel testo legislativo“⁸⁴. Andere Länder, insbesondere Deutschland, hat er stets aufmerksam beob-

⁸⁰ Wenn man die Vorarbeiten und die Lehrwerke liest, kann man zahlreiche, von den Kommissaren in Erinnerung gerufene Beispiele bemerken, die ihre Aufmerksamkeit auf die damaligen Ereignisse und auf die wirtschaftlichen Probleme der Zeit deutlich machen. Z.B. erinnert sich Luigi Cossa (Professor von Wirtschaftspolitik in Pavia) an das Ereignis des unglücklichen Schicksals der *Crédit Mobilier* von Paris hinsichtlich der Notwendigkeit, effektive Garantien für Dritte, die Obligationen besitzen, zu identifizieren (vgl. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 64); Im Hinblick auf die Schaffung effektiver Garantien, gegen unlautere Spekulationen, wird an die Krise erinnert, die die Piazza di Genova in den Jahren 1855 und 1856 heimgesucht hatte, woraufhin einige Garantien im Codice di Commercio von 1865 aufgenommen wurden. Man stellt sich die Frage der Wirksamkeit von solchen Garantien und der Notwendigkeit ihrer Überprüfung (S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 55). Im Hinblick auf die Überprüfung der ordnungsgemäßen Gesellschaftsgründung durch das Zivilgericht wird angemerkt, dass die größten Betrüge meist von denjenigen begangen wurden, die nur gute Händler zu sein vorgaben, es in Wahrheit aber nicht waren: „Ecco quel che abbiamo visto in Italia, segnatamente dal 1870 fino al 1873, quando i fallimenti accatastati l'uno sopra l'altro, ammassarono con essi eguali rovine, scossero profondamente il credito e distrussero lo spirito delle associazioni economiche, commerciali e industriali; e ci vorrà molto tempo ancora per risuscitarlo!“. Diskussionen al Senato, tornata del 12 giugno 1880 zit. in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Libro I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 367 über den Art. 91 des Codice di commercio.

⁸¹ „Nel progressivo sviluppo del commerciale le istituzioni prendono sempre forme nuove, ed è missione del legislatore lo esaminarle per regolarle utilmente“. Mancini in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 59.

⁸² „Sono così svariate le formole dei contratti e spesso così inesatte e imperfette, che è sempre desiderabile avere un criterio per risolvere i dubbi che possono nascere e non abbandonare le definizioni delle cause all'arbitrio giudiziario“. Diskussionen al Senato tornata del 30 aprile 1875, zit. in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 345, über den Art. 82 des Codice di commercio.

⁸³ „Sarà forse una soverchia precauzione, ma le precauzioni nelle materie legislative, quando possono evitare qualche dubbio o qualche incertezza, sono degne sempre del legislatore“. Diskussionen al Senato, tornata del 29 aprile 1875, in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 342.

⁸⁴ Hier folgt eine Aussage von Mancini zum Thema des Vertrags zwischen Abwesenden: „Facendo ragione alle critiche che mi parvero fondate, benché la formola del Progetto preliminare fosse stata da me stesso proposta, senza spirito di paternità, ma con l'unico scopo di raggiungere la maggior perfezione nel testo legislativo, mi sentii nel dovere di sottoporre quell'articolo a novello e più profondo studio, e quindi

achtet, um die wirtschaftlichen Interessen Italiens zu wahren⁸⁵. Auch Kommissar Vincenzo Sellenati (Rat am Berufungsgericht) verwies häufig auf das ADHGB⁸⁶. Der Kommissar Nicola Alianelli (Richter) widmete dem allgemeinen Interesse über die Interessen des Einzelnen hinaus große Aufmerksamkeit, um das allgemeine Interesse des Handels zu schützen⁸⁷. Auch die Teilnahme von Kommissar Ridolfi, einer sehr bescheidenen Person, stellte einen sehr wertvollen Beitrag dar⁸⁸.

Die Kommissare arbeiteten geduldig an der Erstellung des neuen Handelsgesetzbuchs und waren sich bewusst, dass Gut Ding Weile haben will. Im Gegensatz dazu, wurde am Codice di Commercio von 1865 mit großer Eile gearbeitet. Das führte zum Ergebnis, dass dieser Kodex für die Entwicklung des Handels ungeeignet war und nach kurzer Zeit ein neues Gesetzbuch erforderlich wurde. Deshalb wurde der Codice di Commercio von 1882 mit größerer Genauigkeit ausgearbeitet: „in questa materia così grave,

d'introdurre nel medesimo le notevoli modificazioni [...]. Anzi tutto riesaminai in massima, a quale dei due opposto sistemi dovesse darsi la preferenza; e, fatta la scelta, ricercai quali opportune limitazioni e disposizioni fosse conveniente di aggiungere, per rimuovere ogni apparenza di contraddizione, e per arrecare legittima soddisfazione alle necessità e consuetudini del commercio, senza offesa delle giustizia o dell'equità". Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Mancini) od esposizione dei motivi del Progetto del Codice di Commercio pel Regno d'Italia presentato al Senato del Regno nella Tornata del 18 giugno 1877 dallo stesso ministro di concerto col Ministro di Agricoltura e Commercio (Majorana-Calatabiano) (nachst. „Relazione Mancini"), in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 69-70.

⁸⁵ Relazione di Mancini al Senato, S. 468 ff., in G. Magri, Il riconoscimento delle società straniere dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942, in Trattato società di persone, Band II, F. Preite-C. Alberto Busi, Utet, 2015.

⁸⁶ Vgl. u.a. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 92 zum Thema Gesellschaftverschmelzung; Band II/I, Nr. 87 zum Thema Fähigkeiten des Kommanditisten.

⁸⁷ „Anche lo smarrimento è una disgrazia per il possessore che ha perduto il titolo e sarebbe ben lieto di poter trovare modo di venire in soccorso a tale sventura, ma il moto degli affetti non può trascinarci fino ad adottare un principio che minaccia di scuotere profondamente il credito. [...] È necessario quindi di ritenere una norma assoluta, poiché il far dipendere la decisione dall'apprezzamento del giudice, il quale non può che prendere in considerazione le circostanze individuali di chi ha perduto, aprirebbe la via ad una condizione di cose pericolosa. [...] molti interessi possono trovarsi implicati in questa questione. Ma per quanto siamo colpiti di compassione per l'interesse dello spogliato, altrettanto dobbiamo aver presente l'interesse delle società che hanno bisogno di conoscere i loro azionisti dei quali il diritto è soggetto a contestazione. Non abbiamo la menoma intenzione di favorire il ladro, o quello che si appropriò la cosa trovata; ma dobbiamo proteggere l'interesse dei terzi nelle mani dei quali sono passati, e l'interesse generale del commercio nella cui vita l'istituto dei titoli al portatore è ormai entrato in tanta copia. Adottando principii diversi porteremmo inceppamento al commercio di quegli effetti, che fa della rapidità della trasmissione uno de' suoi elementi sostanziali". Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 97 zum Thema des Verlusts von Inhaberpapieren, für die es nicht akzeptiert wurde, die Gewährung eines Duplikats der umsichtigen Beurteilung des Richters zu überlassen.

„La libertà di azione dei commercianti nel disporre delle cose loro è un elemento essenziale del commercio, quindi la legge deve restringere i vincoli entro i limiti della più stretta necessità. Conseguentemente la legge commerciale dee precludere l'adito alle questioni che potessero aver l'effetto di inceppare il libero movimento dei patrimoni commerciali". Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 358.

⁸⁸ „[...] vogliamo ricordare l'opera indefessa, intelligente, utilissima, prestata dal conte G. B. Ridolfi a tutti codesti lavori preparatorii del Codice. Si può dire, senza tema di esagerare, che quando fosse mancata l'opera di lui il nuovo Codice non sarebbe forse mai cresciuto a maturità. Questo, che dai più si ignora, affermiamo con sicura convinzione; e questo valga a chiarire ancora una volta il pubblico che gli uomini veramente seri ed utili sono anche i più modesti". E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, Vorwort, S. XXVI, Fußnote Nr. 1.

così complicata come sono i Codici, è pericoloso troppo il risolvere d'improvviso intorno all'adottare o al non adottare un emendamento"⁸⁹. Dennoch dank der Notwendigkeit einer Reform des Handelsrechts⁹⁰ und der Genauigkeit der Ausarbeitung des neuen Handelsgesetzbuches, das „frutto di un dodicennio di studi accurati e costanti“⁹¹ war, hielt man das neue Handelsgesetzbuch für beendet⁹².

⁸⁹ „[...] Quindi io pregherei che fosse concesso a me ed al mio collega il tempo di studiare queste proposte nella loro essenza e nelle loro attinenze, per poter quindi dichiarare quali sono le intenzioni del Governo“. Ministro di agricoltura, industria e commercio Discussioni al Senato, tornata del 30 aprile 1875.

⁹⁰ „La riforma della nostra legislazione commerciale corrisponde ad un bisogno così urgente del Paese, che il Governo crede superfluo pregare il Senato a voler sollecitare l'esame dell'unito schema di legge, pronto dal canto suo il Governo stesso ad accogliere di buon grado tutte quelle proposte di modificazioni, che valessero o a rendere miglior la detta riforma, o ad afferrarne la tanto desiderata attuazione“. Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Villa) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) nella Tornata del 30 maggio 1880 per la riproduzione del progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione il nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 355 ff.

„Signori Deputati, sarebbe doloroso che rimanessero ancora infruttuosi tutti i lavori preparatorii e tutti gli studii fatti per dotare l'Italia di un Codice di commercio corrispondente ai nuovi bisogni ed ai nuovi progressi, e che altre Nazioni le quali dopo di noi iniziarono così importante riforma, e de' nostri studii si valsero, ci precedano nell'attuazione di essa, ed abbiano il vanto di rinnovare prima di noi la loro legislazione commerciale. L'ardentissimo voto, giustificato dai più vitali ed urgenti interessi della Nazione nostra, deve essere prontamente soddisfatto, ed io nutro fiducia che Voi vorrete rispondere ai desideri del Paese, dedicandovi con amore e con sollecitudine all'esame del Progetto di legge che Vi presento“. Relazione alla Camera dei Deputati del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Villa) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) nella Tornata del 2 luglio 1880 per la presentazione del progetto di legge approvato dal Senato del Regno concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 473 ff.

⁹¹ „[...] sarebbe utile, sarebbe provvido ritardare l'applicazione di un Codice, che tiene conto di tutti questi nuovi bisogni, che, anche per i giudici più severi, ha quella che un nostro proverbio lombardo chiama la regina di tutte le bellezze: la gioventù? E perché quindi ritardarne l'applicazione? Forse intorno ad esso non si è studiato, non si è lavorato, non si è discusso abbastanza? È ciò che invero sembra, con mia somma meraviglia, all'on. Varé, il quale per definire il Codice volle ricordarci i figli della gatta frettolosa. Se fosse vero che il Codice fosse frutto d'una compilazione affrettata, io sarei il primo ad associarmi a lui. Ma [...] esso è il frutto di un dodicennio di studi accurati e costanti“. Discussioni della Camera dei Deputati, Tornata del 30 gennaio 1882 Presidenza del Presidente Farini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 796 ff.

„[...] credo che molti parlino di fretta, non per convinzione propria, ma per convinzione che altri abbia fretta. Io so che a quante persone mi parlarono in Monte Citorio, fuori dell'Aula, della fratta, del bisogno che c'è di far presto, ho domandato: avete studiato questo Codice? Lavete letto, voi che parlate del bisogno di sostituire questo nuovo Progetto al Codice antico? Sapete quanti difetti siano stati corretti e quanti no?“. Discussioni della Camera dei Deputati, Tornata del 21 gennaio 1882 Presidenza del Presidente Farini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 624.

⁹² „L'assoluta perfezione non è dote che sia lecito presumere nelle opere umane, nemmeno in quelle che, al pari appunto del Codice in discorso, presentano le migliori e più tranquillanti garanzie della loro bontà. Mercé il proposto provvedimento si potrà attendere più fiduciosamente il voto eloquente dell'esperienza, poiché questa non tarderà a scoprire, se ve ne fossero, le mende del nuovo Codice ed a porgere occasione ad un utile ed illuminato riesame“. Relazione e Progetto di legge presentato al Senato del Regno dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Taiani) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Majorana-Calatabiano) nella Tornata del 13 febbraio 1879 per dare la facoltà al Governo di pubblicare e porre in esecuzione il nuovo Codice di Commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 292 ff.

Die Beurteilung des neuen Gesetzbuchs war generell positiv⁹³: Besonders wohlwollende Urteile gab es, zum Beispiel, in Frankreich⁹⁴ und in Deutschland⁹⁵. Rumänien übernahm es fast vollständig in das eigene Handelsgesetzbuch von 1887. In Italien wurde das Gesetzbuch sofort analysiert und kommentiert: Unter anderem beschrieben Castagnola und Bolaffio die neuen Aspekte, Vidari, Galdi und Scalamandrè schrieben Kommentare über das neue Gesetzbuch und Marghieri und Castagnola analysierten und interpretierten die Vorarbeiten. Später erschien ein Rechtskommentar von Bolaffio und Vivante, der bis zur Abschaffung des Gesetzbuchs 1942 ein grundlegendes Werk blieb⁹⁶.

Es ist jedenfalls anzumerken, dass der Codice di Commercio von 1882 von manchen auch kritisiert wurde⁹⁷. Einige waren der Meinung, dass das Gesetzbuch einige Fragen offen ließ und zahlreiche interpretative Schwierigkeiten aufwarf⁹⁸. Allerdings können

⁹³ „È desso un buon Codice? Migliore di quello del 1865 è sicuramente e di molto, così per la qualità, come per la quantità di materie. Anzi, considerato nel suo complesso, può reggere al confronto dei migliori Codici moderni; dei quali esso, naturalmente, fece assai tesoro. [...] Però, esso viene accusato di prolissità. [...] Diciamo soltanto che la prolissità giovi alla maggior chiarezza del testo legislativo (e qui, appunto, giova), bisogna anche essere indulgenti; memori della sentenza oraziana, pur tanto vera, che brevis esse laboro, obscurus fio“. E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884, Vorwort, S. XXIX-XXX.

⁹⁴ Der Präsident des Kassationsgerichtshofs Massé erklärte, als er das Progetto ministeriale von 1877 beurteilte, das zukünftige italienische Handelsgesetzbuch „assurément supérieur à celui des autres nations de l'Europe“, *Séance et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1879, S. 740; zit. in Marghieri, *Vorarbeiten*, Band II/I, S. 382.

⁹⁵ Das neue Gesetzbuch entspricht „den Anforderungen der Wissenschaft und des Handels“, F. Mittermaier, *Das italienische Handelsgesetzbuch vom Jahre 1882*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels – und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 29 (1884), S. 132-181.

„Il giudizio con cui il nuovo Codice venne accolto fuori d'Italia fu generalmente positivo: Franz Mittermaier, ad esempio, ne dava ampia notizia nella più prestigiosa rivista commercialistica tedesca, valutandolo con sobrio elogio“. A. Padoa-Schioppa, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 201.

⁹⁶ H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, München, 1973-1986, Band III, S. 3234 ff.

⁹⁷ „Quella, invece, che ci par difettosa nel nuovo Codice è (se ci si permette la parola) la manipolazione delle materie; cioè, la loro distribuzione organica, il loro ordinamento intrinseco ed estrinseco. La qual cosa dipende, crediamo noi, dalle molte mani, e assai diversamente abili, per cui quel lavoro passò, e dal molto tempo di sua durata. Cominciato, proseguito, intralasciato, poi ripreso, poi di nuovo intralasciato e ripreso, accresciuto di qua, tagliato di là; era impossibile che esso conservasse unità di intendimenti e di condotta“. E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884, Vorwort, S. XXX.

„Però, se a tutto questo si doveva prevedere, sarebbe forse arrischiato lo asserire che la nuova legge vi abbia provveduto sempre nel miglior modo possibile; tante sono le difficoltà e tanti gli impacci che essa suscita troppo di frequente“. *Relazione della commissione della Camera elett.*, Nr. XV ff., in E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884, S. 58-59.

⁹⁸ Z.B. über den Art. 99 des Codice di Commercio von 1882: „Deve ritenersi esatta una interpretazione letterale dell'articolo, e quindi ritenere che il principio ed i due primi capoversi si riferiscano solo alle c.d. società di persone, o deve ritenersi che laddove vi si parla di effetti dello scioglimento, di inopponibilità della mancanza di formalità ai terzi, si detta una norma che vale anche per le accomandite per azioni e per le anonime? Quali sono gli effetti – di fronte ai terzi – dello scioglimento totale o parziale del vincolo sociale?“ A. De Gregorio, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Band IV von *Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco*,

Schwierigkeiten bei der Auslegung von Gesetzen, auch mit der größten Aufmerksamkeit bei deren Verfassung, niemals gänzlich vermieden werden. Darüber – wie man so schön sagt – „sono stati versati fiumi di inchiostro dottrinale“.

7. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861

Bis zur Einführung des ADHGB spiegelte das deutsche Handelsrecht die politische Zersplitterung Deutschlands wider⁹⁹. Deutschland hatte im Bereich des Wirtschaftsrechts bereits vor der politischen Einigung eine Rechtsvereinheitlichung vollzogen¹⁰⁰. Dies ist auf den schnellen industriellen Aufschwung in Deutschland zurückzuführen, der die Bearbeitung des Handelsrechts erforderlich machte. Die deutsche Industrialisierung basierte auf Sektoren, die in den Jahren der modernen wirtschaftlichen Entwicklung weltweit an Bedeutung gewannen¹⁰¹. Obwohl die Ergebnisse der deutschen Industrialisierung erst

Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 132.

Über den Art. 100: „Se esaminiamo più da vicino le possibili interpretazioni delle parole “non hanno effetto” possiamo tener conto delle principali (siano o no state già proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza): a) non hanno alcun effetto, qualunque sia la volontà degli interessati, qualunque sia la condotta da essi seguita; b) non hanno effetto, nel senso che non obbligano alla loro osservanza, tanto i soci che i terzi, ma i soci e la società non possono opporre ai terzi la mancanza delle pubblicazioni; c) non hanno l’effetto di far nascere la presunzione assoluta della conoscenza delle modificazioni; d) non hanno effetto tanto rispetto ai soci che alla società ed ai terzi, ma ognuno di essi può rinunciare a far valere l’inefficacia – e sarebbe implicita la rinuncia nella esecuzione della deliberazione; e) non hanno effetto rispetto a coloro nel cui interesse dovrebbero seguire le pubblicazioni“. A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 143-144.

⁹⁹ Für das preußische Staatsgebiet galt das Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794. In den linksrheinischen Gebieten und in Baden (als Annex zum Badischen Landrecht) galt der französische Code de commerce von 1807 (aber nicht komplett). Sonst galten Partikularrechte oder subsidiär das Gemeine Recht.

¹⁰⁰ Am 18. Mai 1848 traf sich in Frankfurt das erste deutsche Parlament, dessen Ziele eine nationale Verfassung und die Schaffung einer zentralen Regierungsgewalt waren. Es wurde aber von keinem Staat, außer den Vereinigten Staaten, anerkannt und hatte keine reale Macht; außerdem war es in „Großdeutsche“ und „Kleindeutsche“ (ersteres ein Nationalstaat mit Österreich, letzteres ohne) gespalten. Es wurde schließlich durch die Armee aufgelöst. Unter Otto von Bismarck gelang 1871 die deutsche Einheit. Er betrat 1851 die politische Szene. Während seiner 40jährigen diplomatischen und politischen Laufbahn verleugnete er nie die Überzeugung, dass alle Fragen der Politik unter dem Gesichtspunkt der Staatraison gesehen werden sollten. Die starke Rivalität zwischen Preußen und Österreich sei das größte Hindernis für die Realisierung der Deutschen Einheit. Unter einem Vorwand (Streitigkeiten um die Verwaltung der Herzogtümer Schleswig und Holstein) erklärte Bismarck den Krieg gegen Österreich, das besiegt wurde. Die Gebiete nördlich des Mains wurden annektiert und so entstand der „Norddeutsche Bund“. Preußen übernahm die Führerrolle bei der Deutschen Einigung. Um sein Ziel zu erreichen (ein Zusammenschluss aller deutschen Fürsten unter preußischer Führung) musste Bismarck einen Krieg gegen Frankreich, das die Macht eines geeinigten Deutschlands fürchtete, provozieren. Der Anlass war das Problem der Thronfolge in Spanien, es kam zur Kriegserklärung Frankreichs an Preußen (19.7.1870). Eine Welle nationaler Begeisterung vereinte die Deutschen im Norden und im Süden und nach wenigen Wochen war Frankreich besiegt. Am 18. Januar 1871 wurde Wilhelm I. von Preußen aus dem Haus der Hohenzollern im Schloss von Versailles zum deutschen Kaiser gekrönt. So entstand das Deutsche Reich. Deutschland wurde zu einem Bundesstaat, dessen oberste Gewalt der Kaiser war.

¹⁰¹ In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, im Vergleich z.B. zu England, wo die industrielle Revolution schon stattgefunden hatte, war das noch landwirtschaftlich geprägte Deutschland viel rückständiger. Der Übergang vom Handwerk zur Fabrik in dem politisch und ökonomisch zersplitterten Land (jeder Staat hatte Zollgebühren, eigene Münz – Maß – und Gewichtssysteme) wurde von verschiedenen Fakto-

Ende des 19. Jahrhunderts klar sichtbar wurden, gibt es keinen Zweifel daran, dass bereits Mitte des Jahrhunderts einige wichtige wirtschaftliche Veränderungen in Deutschland geschehen sind¹⁰².

Der Zollverein von 1834 brachte die Notwendigkeit einer einheitlichen Gesetzgebung mit sich. So wurde schon 1848 die von allen deutschen Staaten übernommene innovative Wechselordnung erlassen, die erstmals das von Einert theoretisierte Grundprinzip der Abstraktheit der Wechselverpflichtung anerkannte.

Nach sorgfältiger Vorbereitung durch die Arbeit einer in Nürnberg versammelten Kommission, wurde 1862 die Billigung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) erreicht, in dessen Vorbereitung die wissenschaftliche Autorität von Levin Goldschmidt beträchtliches Gewicht hatte¹⁰³. Es handelt sich hierbei um ein Ge-

ren beschleunigt: neue technische und wissenschaftliche Erfindungen, die Verbesserung des Transportsystems und die Entstehung des Deutschen Zollvereins, der 1834 die meisten Zollschränken aufhob. Die eisenverarbeitende Industrie gewann an Bedeutung und das Ruhrgebiet wurde das erste industrielle und wirtschaftliche Zentrum Deutschlands. Die Textilproduktion wurde, dank der entscheidenden Verbesserung der Spinnmaschinen und Webstühle, viel billiger. Viele arbeitslos gewordene Handwerker siedelten zusammen mit den Bauern, deren Einkommen zum Überleben nicht mehr genügte, in die Großstädte und bildeten das industrielle Stadtproletariat.

¹⁰² „Soltanto dopo il 1870, ossia a venti e più anni dal suo decollo, l'industria tedesca cominciò ad assumere quelle dimensioni aziendali e operative su grande scala che l'avrebbero proiettata ai vertici dell'economia internazionale per i suoi elevati livelli di efficienza e organizzazione manageriale. [...] Quanto all'atteggiamento delle autorità politiche e delle varie classi sociali nei confronti dell'industrialismo, se è vero che nella Germania antecedente il 1848 non esistevano né forti ostacoli giuridici alla libertà economica e allo spirito d'iniziativa individuale, né particolari avversioni nei confronti dell'attività industriale in quanto tale e del successo economico in generale, è anche un fatto che sino alla seconda metà del secolo XIX continuarono a sopravvivere nelle classi alte e nel ceto medio parecchi pregiudizi nei confronti delle carriere professionali nell'industria. E agli occhi degli uomini di cultura chi esercitava l'industria era giudicato per lo più come uno speculatore, mosso da interessi egoistici e dal culto del denaro. Soltanto quando l'industrializzazione venne concepita come uno strumento essenziale per il rafforzamento del prestigio nazionale, e per il successo degli obiettivi politici del paese, si attenuarono molte riserve e diffidenze che avevano circondato l'avvento sulla scena – talvolta dal basso o dai ceti più modesti della società – di una nuova classe di tecnici e imprenditori”. V. Castronovo, *La rivoluzione industriale in Europa: Francia e Germania*, in N. Tranfaglia-M. Firpo (Hrsg.), *La storia*, Band VI, *Letà contemporanea*, Band I, I quadri generali, Utet, Turin, 1988, S. 3-14.

¹⁰³ Levin Goldschmidt (1829-1897) wurde in einer jüdischen Kaufmannsfamilie aus Danzig geboren und war der bedeutendste Vertreter des Handelsrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. Ab 1848 studierte er Rechtswissenschaft in Berlin, Bonn, Heidelberg und zuletzt wieder in Berlin, wo er 1851 mit einer Arbeit über die Kommanditgesellschaft promovierte. Wegen seines jüdischen Glaubens in Preußen und Bayern abgewiesen, konnte er sich schließlich 1855 in Heidelberg habilitieren. Seine Habilitationsschrift behandelt das Seedarlehen des Calimachus (Dig. 45.122.1). In seinen späteren historischen Arbeiten hat Goldschmidt immer wieder darauf hingewiesen, dass sich eine große Zahl kaufmännischer Rechtsregeln aus dem Seedarlehen entwickelt hätte. 1860 wurde er in Heidelberg außerordentlicher Professor und 1866, nach Ablehnung eines Rufes nach Wien, ordentlicher Professor. 1870-75 gehörte er dem eben gegründeten Bundes – (danach Reichs-) Oberhandelsgericht an. 1875 folgte er einem Ruf nach Berlin auf den ersten Lehrstuhl für Handelsrecht in Deutschland. Als nationalliberaler Abgeordneter war Goldschmidt 1875-77 Mitglied des Reichstags. Goldschmidt verstand das Handelsrecht als ein modernes *ius gentium*, das sich ständig weiterentwickelt. Er wollte deshalb die einzelnen Rechtsinstitute aus ihrer Entstehungsgeschichte heraus erklären und die dabei gewonnenen Einsichten für das Verständnis und die Weiterentwicklung des geltenden Recht nutzbar machen. Mit dieser von ihm als „genetisch“ bezeichneten Methode trat er in Gegensatz zu H. Thöl, der das Handelsrecht in der strengen, aber „statischen“ Form römischrechtlicher Begrifflichkeit dargestellt hatte. Seine wissenschaftlichen Absichten verwirk-

setzbuch, das die verschiedenen deutschen Staaten, darunter auch Österreich mit den habsburgischen Gebieten, innerhalb weniger Jahre angenommen haben, bevor es das Gesetz des Norddeutschen Bundes und des Zweiten Kaiserreiches wurde.

Das ADHGB

„era un Codice certamente più in linea con l'economia del tempo rispetto al modello napoleonico [...] in quanto si adeguava ai progressi dell'industrializzazione, alle nuove necessità e alle opportunità determinate dalla creazione della rete ferroviaria in Europa, allo sviluppo delle società commerciali e del credito“¹⁰⁴.

Das ADHGB stellt „un Codice di nuova generazione“¹⁰⁵ dar, wodurch der deutsche Gesetzgeber versuchte, den Fortschritten der Wirtschaft entgegenzukommen, die Vereinheitlichung des Handelsrechts (weit entfernt vor der politischen) zu erreichen und einige allgemeine Regeln für die Obligationen zu erlassen, die angesichts der fehlenden bürgerlichen Kodifizierung von besonderer Bedeutung sind¹⁰⁶.

Die Vorarbeiten zum ADHGB gehen bis auf das Jahr 1815 zurück¹⁰⁷. Schon am 8. Juni 1815 hatte die deutsche Bundesakte in Art. 19 der Bundesversammlung die Kompetenz zugesprochen, auch in Fragen des gemeinsamen Handels und seiner gesetzlichen Rege-

lichte Goldschmidt vor allem in seinem seit 1864 in mehreren Überlieferungen erschienenen, aber unvollendet gebliebenen Handbuch des Handelsrechts. Die Universalgeschichte des Handelsrechts bildet darin die erste Überlieferung der dritten Auflage von 1891. In diesem ebenfalls unvollendet gebliebenen Werk, untersuchte er in umfassender Weise alle Materien des Handelsrechts aus ihren Quellen heraus. Vor allem bei der Beschreibung des mittelalterlichen Handelsverkehrs in Italien, Deutschland und den Niederlanden gelangte er zu einer engen Verbindung von rechts – und wirtschaftsgeschichtlicher Betrachtungsweise. Goldschmidt nahm auch an der Gesetzgebungsarbeit seiner Zeit regen Anteil, was sich ebenso in seiner Mitgliedschaft in der 1874 berufenen Fünfer-Kommission zur Vorbereitung des BGB äußerte, wie in zahlreichen Beiträgen zu der von ihm 1858 gegründeten Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. M. Stolleis, Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, C.H. Beck, 2001, S.251-252.

¹⁰⁴ A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 533.

¹⁰⁵ F. Mazzarella, Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra, Giuffrè, Mailand, 2016, S. V ff.

¹⁰⁶ „Mentre l'unificazione giuridica civilistica in Germania è ancora lontana, questo codice commerciale dimostra la sensibilità del ceto economicamente dominante a interpretare e favorire processi di unificazione politica sempre più ampi, quella unificazione, quei confini sempre più larghi, che sono lo spazio idoneo per la piena estrinsecazione dei traffici economici. In assenza di un codice civile (la decrepita consolidazione prussiana del 1794 è sostanzialmente inservibile) il tessuto connettivo dell'ADHGB si allarga fino a ricomprendere istituti prettamente civilistici del campo dei contratti e delle obbligazioni ed è quindi una codificazione commerciale operante in un terreno assai vasto. Non solo; in presenza di una scienza privatistica possentemente costruttiva quale quella tedesca del secolo XIX, si appropria di parecchi dei suoi risultati affermandosi come il codice di commercio teoricamente e tecnicamente più robusto, munito di uno sguardo aperto che, muovendo dalla prassi, non si lascia immiserire in un orizzonte esclusivamente pratico“. P. Grossi, L'Europa del diritto, Laterza, Rom-Bari, 2009, S. 208 ff.

¹⁰⁷ Zu den Vorarbeiten des ADHGB vgl.: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 2948-2956; F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, Einleitung; A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007, S. 532 ff.

lung sogenannte gemeinnützige Anordnungen zu treffen¹⁰⁸. Die Bundesversammlung ergriff aber keine Initiative auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Einigung Deutschlands und ihrer Förderung durch den Vorschlag einer übereinstimmenden Gesetzgebung zum Handelsrecht.

Als nach 1848 von den deutschen Mittelstaaten, in der Absicht, den österreichisch-preußischen Dualismus zu überwinden, Versuche zu einer Reform des Deutschen Bundes und eine Stärkung seiner politischen Handlungsfähigkeit begonnen wurden und beim Bundestag die Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs anzuregen. Am 21. Februar 1856 stellte die bayerische Regierung in Frankfurt den Antrag, „die Bundesversammlung wolle beschließen, eine Commission zur Entwerfung und Vorlage eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches für die Deutschen Bundestaaten niederzusetzen [...]“. Bayern hatte selbst kein Handelsgesetzbuch und empfand daher eine Vereinheitlichung des Handelsrechts als besonders dringlich. Außerdem hatte Bayern den Wunsch, den preußisch-deutschen Zollverein durch den Beitritt Österreichs zu erweitern, um so die preußische Vorherrschaft auszugleichen.

Preußen fühlte sich bedroht, was seine Führungsrolle auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Einigung Deutschlands betraf, wenn die Diskussion über eine gemeinsame Gesetzgebung zum Handelsrecht, die bisher vor allem innerhalb des Zollvereins geführt worden war, vom Bundestag in Frankfurt aufgegriffen wurde. Die Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs musste als Tat der souveränen deutschen Staaten und nicht als eine Handlung des Deutschen Bundes erscheinen. Der preußische Bundestagsgesandte Bismarck erhielt aber von seiner Regierung die Weisung, gegen den bayerischen Antrag zu stimmen. Bismarck befürchtete aber, dass eine ablehnende Haltung Preußen in den Verdacht bringen könnte, Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland zu hindern. Er versuchte daher zunächst, die Entscheidung über den bayerischen Antrag zu verspäten. Am 29. Mai erklärte sich dann Preußen grundsätzlich mit dem bayerischen Vorschlag einverstanden, hielt aber die Einsetzung einer großen Kommission nur für sinnvoll, wenn ihr bereits ein Entwurf (der übrigens in Preußen in Vorbereitung war) als Diskussionsgrundlage vorläge.

Am 13. Januar 1856 teilte Bismarck dem Bundestag mit, Preußen werde Anfang Dezember einen eigenen Entwurf für ein Handelsgesetzbuch vorlegen. Zeitgleich stellte er den Antrag, die Beratungskommission nicht nach Frankfurt, sondern nach Nürnberg oder Bamberg einzuberufen, um zu versichern, dass sie in ihrer Arbeit nicht durch politische und diplomatische Einflüsse beirrt werden könnte. Eigentlich war die Absicht Preußens es, ein Handelsgesetzbuch mit dem Charakter einer freien Vereinbarung souveräner deutscher Staaten, und nicht ein Produkt des Bundestags, vorzubereiten.

Als Verhandlungsort, für die Kommission, die mit der Verfassung eines vollständigen Gesetzentwurfs beauftragt worden war, entschied man sich schließlich für Nürnberg. Die Kommission tagte ab Januar 1857 unter der Leitung des bayerischen Justizmi-

¹⁰⁸ Gemäß Art. 19 „Die Bundesglieder behalten sich vor, bei der ersten Zusammenkunft der Bundesversammlung in Frankfurt wegen des Handels und Verkehrs zwischen den verschiedenen Bundesstaaten [...] in Beratung zu treten“.

nisters Friedrich von Ringelmann. Fast alle Regierungen des Deutschen Bundes hatten Delegierte entsandt, insgesamt 59 Personen. Zur Kommission gehörten auch zahlreiche Kaufleute. Die deutsche Kaufmannschaft und die deutschen Rechtswissenschaftler sprachen sich dabei gegen den vorindustriell geprägten und somit von den Umständen überholten Code de commerce als Vorlage für das ADHGB aus. Der Kommission lagen zu Beginn ihrer Verhandlungen zwei Entwürfe für ein Handelsgesetzbuch vor, der preußische und der österreichische. Die Kommission entschied, als Arbeitsgrundlage den preußischen Entwurf zu nutzen, gleichzeitig aber auch den österreichischen Entwurf vergleichend zu betrachten.

Am 14. März 1861 teilte die Kommission der Bundesversammlung mit, dass sie ihre Arbeit abgeschlossen habe, und legte den fertigen Entwurf vor. Trotz des Widerstandes einiger Delegierten (aus Hannover und Hamburg) war es notwendig, den vorliegenden Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, baldmöglichst und unverändert, auf geeignetem Wege Gesetzeskraft in ihrem Lande zu verschaffen. Das ADHGB galt ab 1861 in fast allen Ländern des Deutschen Bundes als inhaltsgleiches Recht¹⁰⁹.

Das ADHGB, das dem preußischen Entwurf in Aufbau und Inhalt hauptsächlich folgt, umfasst fünf Bücher: Handelsstand (I. Buch), Handelsgesellschaften (II. Buch), stille Gesellschaft und Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (III. Buch), Handelsgeschäften (IV. Buch)¹¹⁰ und Seehandel und Seeverversicherungsrecht (V. Buch). Nach seiner Grundkonzeption folgt das ADHGB eher dem von Levin Goldschmidt vertretenem objektiven System, das den Kaufmann objektiv anhand gesetzlich normierter Handelsgeschäfte identifizierte. Mangels eines allgemeinen deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs enthielt das ADHGB auch allgemeine Regelungen zu Stellvertretung (Art. 52-56 ADHGB), Vertragsschluss (Art. 317-323 ADHGB), Erfüllung (Art. 324-336 ADHGB) und Kaufverträgen (Art. 337-359 ADHGB), die eine richtungsweisende Vorlage für das spätere BGB darstellen sollten.

Laut Levin Goldschmidt war das ADHGB das „gründlichste und beste unter den vorhandenen Europäischen Handelsgesetzbüchern“¹¹¹. Werner Schubert hielt das ADHGB

¹⁰⁹ Im Herzogtum Holstein, im Herzogtum Lauenburg, im preußischen Jadegebiet und im Fürstentum Schaumburg-Lippe trat das ADHGB erst 1866, nach Errichtung des Norddeutschen Bundes, in Kraft. Österreich publizierte nur die vier ersten Bücher (nicht das Seerecht) unter der Bezeichnung Allgemeines Handelsgesetzbuch für das Kaisertum Österreich. Einige Bundesstaaten, wie die Freie Stadt Hamburg, erklärten das ADHGB sogar für Rechtsgeschäfte ohne kaufmännische Beteiligung für anwendbar. Nach Errichtung des Norddeutschen Bundes wurde das ADHGB durch Einführungsgesetz vom 12. August 1869 mit Wirkung zum 1. Januar 1870 als Bundesgesetz verkündet. Mit dem Beitritt der süddeutschen Staaten zum Norddeutschen Bund galt es auch für diese als Bundes- und später als Reichsgesetz, und zwar für Württemberg, Baden und Hessen-Darmstadt seit dem 1. Januar 1871 und für Bayern seit dem 13. Mai 1871. In Elsass-Lothringen trat das ADHGB am 1. Oktober 1872 als Reichsgesetz in Kraft. Zum Einfluss des ADHGB auf ausländischen Ländern.

¹¹⁰ Das vierte Buch wurde von großer Bedeutung für die künftige Rechtsentwicklung in Deutschland: Viele Bestimmungen dieses Buches stellten ein Vorbild für entsprechende Regelungen des Dresdner Entwurfs zu einem allgemeinen deutschen Obligationenrecht von 1866 dar. Dieser bildete wiederum die Grundlage für das spätere im BGB enthaltene Schuldrecht.

¹¹¹ L. Goldschmidt zit. nach K.O. Scherner: Handelsrecht, in: Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, www.HRGdigital.de/HRG.handels-

für die vielleicht „erfolgreichste deutsche Kodifikation“ überhaupt¹¹². Das ADHGB gehört zu den „unsung heroes“ des 19. Jahrhunderts: Die Wirkungsgeschichte des ADHGB beschränkt sich nicht nur auf den Raum, wo seine Geltung einmal unmittelbar angeordnet worden war (*ratione imperii*), sondern strahlt darüber hinaus kraft seiner inneren Qualität (*imperio rationis*) auch auf Länder aus, die nie zum Deutschen Bund gehört haben.

8. Kurze Hinweise auf die Verhältnisse zwischen dem italienischen Handelsrecht und der deutschen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert

Wie den folgenden Kapiteln entnommen werden kann, wurde der Codice di Commercio von 1882 von der deutschen Gesetzgebung stark beeinflusst, war aber keine bloße Kopie davon. Einige Bestimmungen des deutschen Rechts wurden nicht berücksichtigt. So wurde beispielsweise die Vorschrift des deutschen Gesetzes über die Registrierungspflicht von Kaufmännern in einem speziellen Register nicht akzeptiert, um die Überprüfung ihrer Qualität durch die anderen Bürger zu erleichtern, „preferendo lasciare al commercio la più completa libertà al riguardo“¹¹³. Außerdem wurde die durch die deutsche Gesetzgebung geregelte Form der stillen Gesellschaft nicht in die italienische Gesetzgebung aufgenommen¹¹⁴. In anderen Fällen diente das deutsche Recht als inspirierendes Vorbild, obwohl die italienische Gesetzgebung jedoch unterschiedlich ausgearbeitet wurde. In diesem Zusammenhang wird im dritten Kapitel das Thema Haushalt erörtert. Ein Beispiel dafür ist die Regelung zu der Aktien: Es wird insbesondere auf die Ausarbeitung der Artikel 164 und 166 des italienischen Handelsgesetzbuches Bezug genommen, als diskutiert wurde, ob es angemessen gewesen wäre, eine Mindestgrenze für den Wert der Aktien festzulegen¹¹⁵, und Rechtsvorschriften über die Höhe des Wertes jeder

recht (21. November 2015).

¹¹² W. Schubert (Hrsg.), Protokolle der Commission zur Berathung eines ADHGB, 1984, Band I, Einleitung, S. XV.

¹¹³ A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 162.

¹¹⁴ „Occorre aggiungere altre forme di società o di associazione commerciali a quelle contemplate dal Codice di commercio? Oltre ai quattro tipi di società e ai due tipi di associazione previsti dal codice di commercio del 1865 (società in nome collettivo, società anonima, società in accomandita semplice, società in accomandita per azioni, associazione in partecipazione, associazione mutua) occorre aggiungere solo le società cooperative che per loro natura intrinseca devono lasciare indeterminato il capitale e il numero dei soci. Non pare di dover aggiungere altre specie di società o associazione, e se si prendono ad esame le altre nuove forme, accolte nelle leggi e nei progetti più recenti, sarà facile dimostrare come niuna di esse sarebbe per noi necessaria. In particolare, le società tacite che si riscontrano nel Codice germanico sono ormai generalmente considerate, anche in Germania, superflue e lo sarebbero specialmente presso di noi, dopoché il Codice vigente ha dichiarato come le associazioni in partecipazione possano applicarsi a tutto il commercio“. Margheri, Vorarbeiten, Band II/I, Allegato G, Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio, sulla legislazione delle società commerciali.

¹¹⁵ „Altri requisiti sostanziali sono richiesti da alcune legislazioni per la costituzione delle società per azioni. Le legge francese del 1867, come già quella del 1863, prefigge un limite minimo al taglio delle azioni. Così fa pure il Codice germanico per le società in accomandita, che esso tratta con ispecial rigore; ma nol fa per le anonime. La legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord prefigge un limite minimo al taglio delle azioni, tanto per l'anonima quanto per l'accomandita. [...] ma io reputo che sia per legge, sia in altra guisa non si potrebbe prefiggere al taglio delle azioni misura alcuna, la quale rispondesse in modo

einzelnen Aktie festzulegen¹¹⁶ (Art. 164) sowie ob es opportun gewesen wäre, Rechtsvorschriften über die Garantien im Zusammenhang mit dem Umtausch von Namensaktien in Inhaberaktien (Art. 166) aufzunehmen¹¹⁷. Was die im Codice di Commercio von

soddisfacente alla natura indefinitamente varia delle società per azioni, e ciò anche soltanto tenendo conto delle condizioni presenti e senza guardare ai possibili mutamenti avvenire". Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Castagnola), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 516.

¹¹⁶ „Il Codice germanico (art.173) contiene una simile disposizione, limitata però alle sole società in accomandita per azioni. Per essa le azioni o frazioni di azioni, non possono essere inferiori a duecento talleri per caduna, se dalle leggi dei singoli Stati non è concessa una somma minore. Quella disposizione fu però modificata dalla legge germanica dell'11 giugno 1870, la quale ridusse a cinquanta talleri il limite legale (art. 173), ma lo estese anche alle azioni nominative delle società anonime e lo elevò a cento talleri per le azioni al portatore ed anche per le azioni nominative delle società assicuratrici (art. 207 a). [...] Con queste restrizioni quei legislatori certamente si proposero lo scopo che ogni azionista abbia un serio interesse negli affari della società, e più di tutto vollero proteggere i piccoli risparmi contro le illusioni e contro le trappole tese troppo spesso alla credulità delle masse. [...] Sono quindi persuaso che, essendo impossibile di tener conto di tutte le svariate combinazioni che possono manifestarsi nel continuo sviluppo della industria e dei traffici, ogni restrizione alla libertà sarebbe improvvida, e adottando il concetto prevalso in tutti i lavori preparatori, sono lieto di vedere totalmente rimessa all'esame dei contraenti, la determinazione del valor nominale delle azioni, perché solo in tal modo essa potrà essere resa corrispondente alla maggiore o minore importanza della società, all'entità dei capitali dei quali essa abbisogna, alle condizioni del credito e a quei mille altri elementi la cui influenza non può assolutamente valutarsi a priori, né con criteri immutabili". Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 518.

¹¹⁷ „Giusta il Codice germanico, le azioni nominative delle società anonime, quando non sono intieramente versate, possono cedere validamente soltanto coll'assenso della società e il cedente rimane responsabile dell'intero ammontare dell'azione, ma solamente per un anno dall'epoca della cessione e per le sole obbligazioni già contratte dalla società alla epoca stessa; il cambio in azioni al portatore è permesso di regola soltanto dopo che è stato versato tutto il loro valor nominale, ma se lo statuto lo consente, può effettuarsi dopo il versamento del 40 per cento del valore medesimo; nelle società in accomandita, le azioni devono esser sempre nominative e i sottoscrittori sono responsabili del versamento di tutto il loro valor nominale, malgrado qualsiasi cessione e senza alcuna limitazione. La legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord non ha recato alcun mutamento a queste disposizioni. [...] Non è dubbio che il sistema tenuto dal [...] Codice germanico per le sole azioni al portatore delle società anonime, riducendo al 40 per 100 la parte del valore nominale delle azioni guarentita da un'effettiva responsabilità, sarebbe tale da peggiorare la condizione derivante dalle attuali nostre disposizioni. Ma io non accetterei nemmeno le disposizioni accolte dal Codice germanico per le azioni nominative delle società anonime [...] giacché, restringendo, nel caso di cessione d'azioni o quote, le responsabilità dei sottoscrittori e degli altri cedenti, sia ad un tempo determinato, sia ai debiti già contratti dalla società all'epoca della cessione, sia alla contingenza che la società si trovi in istato di liquidazione, non sarebbero, a mio avviso, sufficientemente guarentiti i versamenti non ancora effettuati del capitale sociale. Mi accosterei invece alle più rigorose disposizioni adottate dal Codice germanico per le società in accomandita per azioni [...]; vorrei cioè protratta fino al compiuto versamento la facoltà di cambiare le azioni nominative in azioni al portatore, conservando d'altro canto l'inefficacia delle cessioni d'azioni di fronte alla società ed ai terzi, finché non sieno versate tre decimi del valor nominale e mantenendo fino al cambio in azioni al portatore, ed estendendo in tal guisa implicitamente fino al compiuto versamento, la responsabilità dei sottoscrittori e dei successivi cedenti e possessori delle azioni. Il capitale delle società per azioni sarà così guarentito per la parte non versata da un'efficace responsabilità e niuna porzione del capitale potrà, come può ora, essere resa illusoria ad arbitrio degli azionisti. Diverrà certo meno facile la circolazione delle azioni non interamente versate; ma sarà questo un ostacolo salutare a quelle speculazioni sfrenate che si fanno ora, come ho già accennato, in alcune provincie italiane, sulle azioni delle società anonime". Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Castagnola), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Mo-

1882 enthaltene Regelung über die ausländischen Gesellschaften (Art. 230-232) betrifft, verweisen die Vorarbeiten auf das deutsche Recht, in denen in aller Kürze erörtert wird, dass die Aufgabe, Regeln betreffend der im Ausland ansässigen juristischen Personen zu normieren, in Deutschland gesetzlich den Ländern vorbehalten ist (im Gegensatz zu Italien). Auch die Regelungen zum deutschen Transportvertrag wurden in die italienische Legislatur nicht übernommen, obwohl die Verfasser des Codice di Commercio von 1882 bei den Vorarbeiten die jeweiligen deutschen Vorschriften berücksichtigt hatten¹¹⁸. Ein anderes Beispiel dazu ist Art. 289 ADHGB, der sinngemäß wie folgt lautet „Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern“. Dieser Grundsatz wurde auch im Codice di Commercio von 1882 aufgenommen, indem im Artikel 41 generell festgelegt wurde, dass „i debiti commerciali liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto“. Dieser Ar-

tivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 521.

„Il principio che le azioni debbano restare nominative fino alla loro liberazione completa è sancito senza distinzioni nel Codice germanico ed è mantenuto nella legge del 1870 [...] (art. 173) [...]. Havvi pure pieno accordo nel ritenere responsabili fino all'intero valore nominale i sottoscrittori di azioni nelle società accomandatarie (art. 184) e così pure i sottoscrittori delle azioni nominative delle società anonime, ad eccezione del caso in cui la società stessa abbia accettato in loro vece i cessionari, salva per un anno la responsabilità anche dei cedenti fino alla concorrenza del valor nominale dell'azione per le obbligazioni dalla società contratte prima della cessione (art. 223). [...] Mentre infatti lo stesso Codice tiene obbligato il sottoscrittore fino all'ammontare dei quattro decimi della somma nominale dell'azione senza che possa da ciò liberarlo qualsiasi cessione del suo diritto ad un terzo, esso ammette la validità del patto con cui nel contratto sociale sia autorizzata l'assemblea generale ed esonerare i sottoscrittori dai versamenti che eccedono i quattro decimi dell'azione (art. 222). [...] Il Codice italiano del 1865 non accettò i principii della legislazione germanica [...] poiché ammise la conversione delle azioni nominative dopo il pagamento della metà del loro valore nominale (art. 151), dichiarò i sottoscrittori personalmente responsabili dei versamenti richiesti fino alla conversione suddetta, non ostante qualunque cessione delle azioni (articolo 152). Fino dai primi studi della Commissione istituita per la riforma del Codice di commercio nel 1869, io mi sono manifestato favorevole ad un principio di giusto rigore, acciò nel sistema di libertà che va ad inaugurarsi col nuovo Codice, i sottoscrittori delle azioni vengano tenuti responsabili per l'intero ammontare delle azioni, perché nella permanenza di questa obbligazione ravvisai ognora una delle principali guarentigie del diritto dei terzi. [...] Noi vogliamo che le società siano solidamente disciplinate, in guisa che gli interessi che vi sono involti siano protetti nella miglior guisa possibile, e perciò dobbiamo innanzi tutto volere che il capitale promesso nell'atto di società sia reale e non menzognero. Dobbiamo volere inoltre che la fondazione della società non sia un adescamento a facili guadagni, ma un serio impiego di mezzi morali ed economici diretti al bene comune, e perciò non possiamo ammettere che dipenda dalla volontà dell'obbligato il liberarsi dalle obbligazioni assunte“. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 521.

¹¹⁸ „Più breve, ma importante, l'esame del contratto di trasporto: una materia sulla quale ben poco disponeva il Codice precedente, nonostante le numerose e delicate questioni giuridiche nate soprattutto con lo sviluppo della rete ferroviaria. Il relatore, Francesco Piccoli, deputato, si era ispirato in primo luogo alla disciplina del Codice germanico, ma non aveva esitato ad adottare una linea di maggiore fermezza nei confronti delle potentissime società ferroviarie private. Proprio in Germania, esse erano riuscite all'ultimo momento a far introdurre nel Codice diverse eccezioni al divieto, originariamente previsto, di limitare mediante regolamenti o convenzioni la propria responsabilità contrattuale; il relatore Piccoli intese restaurare il divieto nei suoi termini rigorosi, e la Commissione fece propria senza incertezze la sua proposta su questo punto così rilevante. In Commissione prevalse la tesi di Piccoli e delle norme sulla responsabilità delle compagnie ferroviarie venne sancita l'inderogabilità“. A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 168.

tikel ist jedoch zweifellos weitgehender als Art. 289 ADHGB, da der Verweis auf „debiti commerciali“ im italienischen Gesetzbuch auch dazu gedient hat, Schulden zu umfassen, die im Zusammenhang mit einer erfolgten objektiven Handelsgeschäfte eines Nichtkaufmanns entstehen (Artikel 1, 3, 8, 54). Dagegen bezieht sich das ADHGB auf die Schulden, die in der vertraglichen Tätigkeit zwischen Kaufmännern entstanden sind¹¹⁹.

Vor diesem Hintergrund ist daher zu untersuchen, in welchem Sinne das deutsche Recht die Ausarbeitung des Codice di Commercio von 1882 maßgeblich beeinflusst hat, und zu verstehen, warum Italien gerade die deutsche Legislatur unter anderen ausländischen Modellen als Vorbild für die eigene Gesetzgebung genommen hat.

¹¹⁹ Vgl. L. Bolaffio, *Dei mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale*, sub art. 41, Turin, 1919, zit. in B. Inzitari, *Interessi. Legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Giappichelli, Turin, 2017, S. 7.

KAPITEL II – DIE HANDELSVERPFLICHTUNGEN

1. Einleitung

Der VI. Titel des ersten Buchs des Codice di Commercio von 1882 betrifft die Handelsverpflichtungen im Allgemeinen. Dieses Buch ist eines der wichtigsten des neuen Gesetzbuchs und enthält Normen über die Handelsverpflichtungen im Allgemeinen mit bemerkenswerten Innovationen, die inspiriert von den Bedürfnissen des Handels und der Erfahrung sind¹²⁰. Die vorliegende Forschung konzentriert sich auf folgende Themen: Den Vertragsschluss (Art. 36-37 des Codice di Commercio von 1882) und die einseitigen Handelsgeschäfte (Art. 54 des Codice di Commercio von 1882).

Zuerst wird die alte und schwere Frage über den Ort, an dem Verträge zwischen entfernten Personen abgeschlossen werden, beantwortet. Der italienische Gesetzgeber hatte dazu zwei Systeme zur Auswahl: Im deutschen System ist ausschlaggebend für den Vertragsschluss wann und wo die Annahme des Angebots versendet wird, wohingegen im französischen System, der Vertrag an jenem Ort und in jener Zeit als abgeschlossen gilt, in denen die Annahme den Antragsteller erreicht. Der italienische Gesetzgeber entschied sich für das französische System, das damals auch das vorherrschende in der Rechtsprechung war. Die deutsche Regelung muss aber aufgezeigt werden, um die Gründe der italienischen Wahl richtig verstehen zu können (vgl. Par. 2).

Darüber hinaus wird nach dem Beispiel des ADHGB eine radikale Neuerung gegenüber dem vorherigen Codice di Commercio von 1865 eingeführt: Wenn eine Handlung auch nur für eine der Parteien von kaufmännischer Natur ist, unterliegen alle Vertragspartner dem Handelsrecht. Dies gilt aber nur für jene Bestimmungen, die nicht ausschließlich die Händler betreffen. Dadurch wird das irrationale System des vorherigen Codice di Commercio überholt, wonach die Anwendbarkeit des Handelsrechts davon abhängt, welche der Vertragsparteien die jeweils andere Partei gerichtlich belangt (vgl. Par. 3).

2. Der Vertragsschluss

Der Vertrag stellt ein zentrales Rechtsinstitut des gesamten Handelsrechtssystems (wie auch des Privatrechts) dar und bildet das Hauptinstrument für die Definition der Vermögensstruktur von juristischen Personen, die durch den Vertrag auf dem Markt handeln, indem sie Waren und Dienstleistungen austauschen. Der Vertrag gilt daher als Motor des Marktes¹²¹. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber den Vertragsparteien einen

¹²⁰ Relazione della Commissione della Camera dei Deputati composta dagli onorevoli Mancini poi Taiani Diego presidenti, Ricci e Boselli segretari, Inghilleri, Luzzatti, Ferracciù, Puccioni, Veré, Castellano, Pedroni, Colombini, Incagnoli, Randaccio, Mancini e poi Pasquali relatori sul Progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di Commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 502.

¹²¹ „Il contratto economico merita protezione per la funzione sociale che opera massimizzando la produzione di ricchezza nella società“. R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Utet, IV. Auflage, Milanofiori Assago,

Zugang zum Markt frei von Hindernissen und Fallstricken zu garantieren, ohne jedoch das Funktionieren des Marktes zu gefährden¹²².

Eine der ersten Fragen, mit der sich ein Jurist in vertraglichen Angelegenheiten beschäftigen muss, ist zu bestimmen, ob und wann ein *vinculum iuris* zwischen den Parteien entsteht. Das gilt heute und war schon immer so. Da es sich bei dem Vertrag um eine Vereinbarung zwischen den Parteien handelt, d.h. um eine Willenserklärung der Parteien, bestimmte Rechtswirkungen zu erzielen, fällt der Vertragsschluss mit dem Treffen der Willenserklärung der Parteien (Angebot und Annahme) zusammen¹²³.

Die praktische Bedeutung der Feststellung des Vertragsschlusses ergibt sich aus der Relevanz der Fragen „ob“, „wann“ und „wo“ der Vertrag abgeschlossen wird¹²⁴. Zunächst ist zu prüfen, ob der Vertrag besteht und daher, ob die Partei, die Ansprüche aus dem Vertrag geltend macht und dazu die entsprechenden Rechte besitzt oder nicht. Nach den gleichen Regeln wird entschieden, wann der Vertrag zustande kommt und von welchem Moment an er wirksam ist. Dies ist auch wichtig, um festzustellen, ob die Parteien die Fähigkeit hatten, den Vertrag zu schließen¹²⁵ oder um, im Falle einer Gesetzesänderung, die anzuwendende Regel festzulegen. Der Ort des Vertrages kann beispielsweise relevant

2016, S. 18.

¹²² „Il diritto contrattuale deve essere espressione del diritto spontaneo, che si sviluppa in quel sistema informativo-normativo che è il sistema economico“. R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Utet, IV. Auflage, Milanofiori Assago, 2016, S. 26.

¹²³ „Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico (art. 1098 [del codice civile]); e l'accordo non risulta da due volontà contrattuali, convergenti bensì nel medesimo oggetto, ma che rispettivamente si ignorino, bensì dalla reciproca conoscenza delle due conformi volontà quali esteriormente si sono manifestate“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 86.

¹²⁴ „Questa determinazione del tempo e del luogo in cui si perfeziona il contratto è praticamente importante per molte ragioni, di cui accenniamo le principali: a) perché fino a quel momento di perfezione ognuna delle parti può revocare la sua dichiarazione di volontà; b) per giudicare se in quel momento i contraenti erano capaci di obbligarsi; c) per determinare la legge regolatrice dei loro rapporti giuridici, si riguardo allo spazio, quando i contraenti risiedono in paesi regolati da leggi diverse, sia riguardo al tempo, quando durante le trattative sia sopravvenuto un cambiamento di leggi; d) per regolare la competenza del magistrato, la quale eccezionalmente è determinata dal luogo ove fu contratta l'obbligazione o fu fatta la promessa della merce, ed entrambe queste frasi designano il luogo ove il contratto fu concluso; e) per giudicare qual era nel momento della conclusione lo stato di volontà dei contraenti, e quindi per giudicare se il contratto deva ritenersi viziato per mala fede; f) per determinare il prezzo nei contratti che si richiamano o per consuetudine o per volontà dei contraenti al prezzo corrente nel giorno del contratto; g) per decidere quando abbia luogo il trasferimento della proprietà e quello dei rischi e pericoli; h) per interpretare le parole usate dai contraenti, che devono riferirsi al loro significato nel luogo ove il contratto fu stipulato“. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 7-8.

¹²⁵ „[...] la capacità dei contraenti deve esistere al momento in cui si conchiude il contratto. Quando le parti comunicano a mezzo di corrispondenza epistolare, ed anche telegrafica, vi è necessariamente un intervallo di tempo, più o meno lungo, tra la dichiarazione e la percezione delle rispettive volontà; in questo frattempo la capacità dei contraenti può modificarsi: di qui l'interesse a conoscere il momento preciso in cui la capacità deve esistere, cioè il momento della perfezione del contratto. Se la capacità esistente all'epoca delle trattative più non esiste allorché il contratto dovrebbe ritenersi conchiuso – ad esempio per la morte, interdizione o fallimento di una parte – il contratto non può considerarsi concluso. L'autonomia della volontà, del proponente o dell'accettante, che obbliga anche dopo che è spenta la capacità che ne ha resa vitale l'espressione, è concezione astratta, non accolta, e opportunamente, dalla nostra legislazione [...]“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 89.

sein, wenn die örtliche gerichtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten, die sich aus dem Vertrag ergeben, bestimmt werden muss.

Im Laufe der Rechtsgeschichte wurde das Thema des Vertragsschlusses unterschiedlich ausgelegt. Da es sich bei der Vertragserklärung um eine Willenserklärung einer der Vertragsparteien handelt, die auf die Bildung eines gemeinsamen Willens der Parteien abzielt, ist es erforderlich, die Modalitäten festzulegen, unter denen diese Erklärung die andere Vertragspartei erreicht¹²⁶. In abstrakter Hinsicht kann man vier Kriterien oder Grundsätze identifizieren, nach denen es möglich ist, die Wirksamkeit einer Willenserklärung zu regeln¹²⁷: (i) Der Grundsatz der Erklärung, wonach die Willenserklärung wirksam wird, sobald eine Partei sie zum Ausdruck gebracht hat; (ii) Der Grundsatz der Sendung, wonach die Willenserklärung wirksam wird, sobald sie der anderen Partei gesendet wird; (iii) Der Grundsatz des Empfangs, wonach die Willenserklärung wirksam wird, wenn die andere Partei sie erhält; (iv) Der Grundsatz der Kenntnis, wonach die Willenserklärung wirksam wird, wenn der Empfänger sich dessen bewusst wird.

Die Wahl der einen oder der anderen Regel kann in den verschiedenen Rechtssystemen unterschiedlich sein, weil dies von dem Interesse abhängt, das der Gesetzgeber am meisten zu schützen beabsichtigt¹²⁸: Will der Gesetzgeber den Antragsteller schützen, so nimmt er den Grundsatz der Kenntnis an. Wenn der Gesetzgeber den bloßen Empfang der Kenntnis gleichsetzt, so wird der Schutz des Antragstellers ein wenig abgeschwächt, weil der Antragsteller den Vertragsschluss nur zur Kenntnis nehmen wird, wenn er jede Willenserklärung, die zu seiner Adresse kommt, rechtzeitig kennt; Will der Gesetzgeber den Empfänger des Antrags schützen, so stellt er fest, dass der Vertrag mit dem bloßen Ausdruck oder mit der Sendung der Erklärung abgeschlossen wird, denn dann wird nur der Empfänger sicher Kenntnis vom Vertragsschluss haben¹²⁹.

¹²⁶ Zur Vereinfachung der Darstellung und nach dem Beispiel des Codice di Commercio, der sich einfach auf den „Antragsteller“, den „Empfänger“ oder die „andere Partei“ bezieht, wird hier auf einen bilateralen Vertrag Bezug genommen, ohne den Fall von dreiseitigen Verträgen oder Verträgen mit mehreren Parteien zu berücksichtigen.

¹²⁷ Vgl. auch Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64-80.

¹²⁸ Die Lösung des Problems scheint für das römische und das allgemeine Recht zweifelhaft zu sein und ist für eine lange Zeit auch für das französische Recht (angesichts des Schweigens des Code Napoléon) zweifelhaft gewesen; Die neuzeitlichen Gesetzbücher (deutsches HGB, italienischer Codice di Commercio von 1882, deutsches BGB, italienischer Codice civile von 1942) nahmen den Grundsatz des Empfangs oder eine Zwischenlösung zwischen dem Grundsatz des Empfangs und dem Grundsatz der Kenntnis an.

¹²⁹ Nach der derzeitige italienischen Lehre ist die Lösung der Frage weniger willkürlich, als es auf den ersten Blick erscheint, weil der Gesetzgeber bei der Regelung der Akzeptanzstruktur das allgemeinere Problem der Akzeptanzfunktion im Vertrag nicht außer Acht lassen kann: „Se un legislatore accogliesse l'idea che la forza obbligatoria del contratto dipende dalla volontà interna dei contraenti (ossia, giusnaturalisticamente, dalla sovranità che la legge riconosce alla volontà dei contraenti nella rispettiva sfera giuridica), e che la dichiarazione serve solo come prova di questa volontà, questo legislatore potrebbe considerare sufficiente per l'esistenza del contratto, in via di principio, la semplice espressione, o potrebbe richiedere, come prova della serietà nell'intento, la spedizione della dichiarazione alla controparte, o, alternativamente, l'inizio dell'esecuzione [...]. Se il legislatore, oltre ad esigere la prova della volontà seria, pretende che la dichiarazione sia ricevuta dal destinatario, ciò significa che egli attribuisce alla dichiarazione un'ulteriore funzione di affidamento, e perciò le assegna una struttura intersoggettiva, cui repugnerebbero le regole della espressione e della spedizione. Una dichiarazione non ricevuta sarà allora una parte-

Das Problem wird komplizierter, wenn der Vertrag zwischen entfernten Personen abgeschlossen wird: Wenn der Antrag zwischen Anwesenden oder durch Mittel, die direkten Kontakt erlauben, gestellt wird, dann muss der Vorschlag sofort akzeptiert oder abgelehnt werden; Was passiert aber, wenn die Parteien voneinander entfernt sind? Bei Verträgen zwischen entfernten Personen stehen die Parteien nicht in einer unmittelbaren auditiven (verbal, also auch telefonisch) oder visuellen (mit Signalen und Gesten) Beziehung. Unabhängig von der materiellen Distanz, die die Parteien trennt, kommunizieren sie über ein Kommunikationsmittel (z.B. mittels Briefe, Telegrammen, Boten, automatischen Apparaten, Seesignalen). Im Gegenteil dazu, werden Verträge zwischen Anwesenden, die in direktem Kontakt miteinander stehen mit sofortiger Kommunikation geschlossen, wobei die Möglichkeit besteht ihre eigenen Ideen und ihre vertraglichen Absichten direkt, unmittelbar und verbal auszutauschen. Man unterscheidet den Vertrag zwischen entfernten Personen und den Vertrag zwischen Anwesenden daher aufgrund der genutzten Kommunikationsmittel und nicht aufgrund der materiellen Distanz der Vertragsparteien^{130, 131}.

Die Unterscheidung zwischen Verträgen, die zwischen Personen abgeschlossen werden, die ohne die Hilfe von Kommunikationsinstrumenten, Brillen und Hörgeräte ausgenommen, miteinander kommunizieren können, und Verträgen, die zwischen entfernten Personen abgeschlossen werden, die über Kommunikationsmittel kommunizieren, ist – in der Vergangenheit wie heute¹³² – von Bedeutung. Im 19. Jahrhundert war das Thema des Vertragsschlusses zwischen entfernten Personen sehr wichtig und wurde als dringlich angesehen¹³³:

cipazione tentata e non riuscita. La dichiarazione sarà allora dominata dal requisito della recezione". R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Utet, IV. Auflage, Milanofiori Assago, 2016, S. 130-131.

¹³⁰ „[...] è meglio dire contratto "tra persone lontane" o "contratti fra assenti"? Si accoglie "tra persone lontane" perché, soppresso l'articolo sulla conclusione dei contratti fra presenti, la frase tra persone lontane sembra più conforme alla chiarezza, ben inteso che non è necessario che i contraenti si trovino in due diverse città, ma che basta che non sieno presenti uno all'altro nello stesso luogo". Marghieri, *Vorarbeiten*, Band II/I, Nr. 361.

¹³¹ „[...] nei contratti fra persone lontane i contraenti non si trovano fra loro in comunicazione diretta, immediata, con la voce o con i segni, qualunque sia la distanza materiale che li separa, ma comunicano tra loro a mezzo della corrispondenza epistolare o telegrafica; mentre invece i contratti fra presenti sono quelli appunto che si effettuano tra contraenti o loro rappresentanti, che si trovino in diretta, immediata comunicazione in modo da potersi scambiare direttamente, immediatamente, a voce o per segni, le proprie idee e le proprie volontà contrattuali". L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 86.

¹³² Die Frage wird auch heute immer öfter gestellt: der Abschluss von Verträgen zwischen Personen, die sich physisch nicht in der Gegenwart der jeweils anderen Vertragspartei befinden, findet jeden Tag mehr und mehr Verbreitung auf dem globalen Markt, der stark von der Internationalisierung der Unternehmen und der Entwicklung der Informationstechnologie geprägt ist. Man denke an die Verbreitung von Telematik-Verträgen, bei denen der Austausch zwischen Angebot und Annahme über das Telematik-Netz auf Distanz erfolgt: der E-Commerce-Markt z.B. wird zunehmend konsolidiert und kann ein wichtiger Faktor zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes sein.

¹³³ „[...] nei rapporti commerciali, i maggiori affari, per numero ed entità, sono conclusi a mezzo della corrispondenza, epistolare o telegrafica, tra ditte e società che trattano fra esse principalmente per la riputazione che godono di solvenza e di onestà commerciale". L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 85.

„Abbiamo già dimostrato che un carattere del commercio è quello di essere internazionale. Legittimo corollario di questa premessa è quello che i contratti si stringono in gran copia fra le persone lontane, e fra persone appartenenti a Stati retti da legislazioni diverse”¹³⁴;

„È facile comprendere l'importanza fondamentale di una simile questione, dalla cui soluzione nell'uno o nell'altro senso, specialmente allorché i due lontani contraenti risiedono in diversi Stati, dipende quasi sempre la determinazione della legge regolatrice del contratto, delle sue forme, e de' suoi effetti, e quella altresì della giurisdizione competente a pronunciarsi sulle controversie che insorgano per la sua esecuzione, come ne dipende altresì la determinazione del momento in cui avvenga il trapasso del dominio o degli altri diritti che formano la materia della contrattazione; e si formi un vincolo irrevocabile fra i contraenti. [...] Le non poche modificazioni introdotte nell'attuale Progetto [...] dimostrano la somma cura con cui si volle appagato quanto poté scorgersi di legittimo e praticamente utile nelle critiche e proposte relative al ben arduo problema di dettare norme legislative giuste e vantaggiose al commercio su' contratti fra persone lontane”¹³⁵.

Der Handel wurde Ende des 19. Jahrhunderts, dank der wirtschaftlichen Notwendigkeiten und der neuen Transport – und Kommunikationsmittel, international: Der Handelsverkehr zeigte nun einen expansiven Trend und das Handelsrecht einen kosmopolitischen Charakter. Im Geschäftsverkehr wurden die nach Anzahl und Wert wichtigsten Geschäfte durch Briefwechsel oder Telegraf zwischen Gesellschaften an jenen Orten abgeschlossen, wo die Marktbedingungen am günstigsten waren. Dampf und Elektrizität beschleunigten Transport von Menschen und Dingen, hatten das wirtschaftliche Leben der Staaten verändert und Hersteller und Verbraucher von der lokalen wirtschaftlichen Abhängigkeit befreit¹³⁶.

Der Codice di Commercio von 1882 führt Vorschriften über den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen ein und füllt damit eine Lücke des früheren Codice di Com-

¹³⁴ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 35-38.

¹³⁵ Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64 und 79.

¹³⁶ „[...] gli affari dei commercianti, che un tempo si concludevano principalmente nelle fiere e nei mercati fra presenti, oggi si concludono per lo più fra lontani colla posta e col telegrafo” C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 6-7.

„Più volte abbiamo rilevato la tendenza del traffico commerciale, indotta da necessità economiche, di allargarsi, di acquistare carattere cosmopolita. Le offerte e le domande di merci, di denaro, di servizi si indirizzano là dove trovano più favorevole la condizione di mercato. In tal modo produttori e consumatori si svincolano dalla dipendenza economica locale. L'accelerato trasporto delle persone e delle cose richiede pertanto quale suo indispensabile completamento la sollecita, sicura, economica trasmissione delle notizie, la rapida comunicazione delle proposte contrattuali e della loro accettazione. Le previsioni della speculazione si formano, si attuano con la meravigliosa rapidità consentita dal vapore e dall'elettricità. L'applicazione di queste due forze alla produzione industriale, ai trasporti e alle comunicazioni commerciali ha trasformato la vita economica degli Stati aprendo nel tempo stesso alla scienza del diritto un largo campo di originali e interessanti ricerche“ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 85.

mercio von 1865. Dabei gilt das Prinzip, dass der Wille der Parteien übereinstimmen muss, auch wenn unterschiedliche Kommunikationsmittel genutzt werden. Ohne diese Übereinstimmung gibt es keinen Vertrag, denn die Parteien können nicht gebunden werden, ohne es zu wissen¹³⁷. Diese Übereinstimmung wird symbolisch mit einem Händedruck besiegelt¹³⁸. Die ratio dieser Theorie ist, dass die Parteien den gleichen Bedingungen unterstehen müssen und dass eine vertragliche Bindung nur durch beidseitiges Wissen entstehen kann. Solange die Annahme vom Antragsteller nicht gekannt wird, stellt es nur ein *propositum in mente retentur* dar¹³⁹.

Es handelt sich um dasselbe Prinzip, das auch für den Vertrag zwischen Anwesenden gilt, welcher im Codice civile von 1865 geregelt wird: Die Aufgabe, die das Wort zwischen Anwesenden ausführt, führt der Brief oder ein anderes Mittel zwischen Nicht-Anwesenden aus¹⁴⁰. Die Prinzipien, die für Verträge zwischen entfernten Personen gelten, gelten auch für Verträge zwischen anwesenden Personen¹⁴¹⁻¹⁴². Die Regelung des Vertragsschlusses zwischen entfernten Personen, die im Handelsgesetzbuch enthalten ist, unterscheidet sich vom Zivilrecht vor allem aufgrund des vorgesehenen zeitlichen Rah-

¹³⁷ „La reciproca conoscenza opera la fusione delle due conformi volontà in una: la comune intenzione delle parti contraenti (art. 1131 cod. civ.), la quale ha per essi forza di legge (art. 1123 cod. civ.)”. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 87.

¹³⁸ „Le due dichiarazioni devono, per così dire, dirigersi e andarsi incontro scambievolmente, l’una ricercare l’altra e afferrarla, ad esempio di ciò che avviene allorché si porgono o si stringono due mani, appunto in segno materiale e sensibile del conchiuso contratto”. Tartufari, *Rivista di dir. Comm.*, 1911, 2, 2 zit. in L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 91, Fußnote 1.

¹³⁹ „[...] proposta e accettazione sono due figure giuridiche d’indole transitoria, che hanno valore giuridico durante le trattative del contratto; se questo si conclude si fondono in esso, formando una figura giuridica nuova; se non si conclude, cadono nel nulla delle trattative fallite”. C. Vivante zit. in L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 90, Fußnote Nr. 8.

¹⁴⁰ „Nei contratti fra assenti conviene ricercare quel fatto generatore dell’obbligazione e del vincolo che si richiede nei contratti fra presenti. L’esistenza di due volontà concordi non può bastare in verun caso se ne manca la conoscenza reciproca. L’ufficio che fra presenti fa la parola, è sostenuto fra assenti dalla lettera o dallo scritto”. S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale*, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 254-264.

¹⁴¹ „Alcune note caratteristiche dipendono dallo spazio di luogo che separa le parti e quindi dallo spazio di tempo richiesto per lo scambio delle reciproche dichiarazioni di volontà. Ma la struttura organica essenziale è la stessa”. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 86.

¹⁴² „Anche nei contratti tra presenti è possibile che vi sia un intervallo di tempo e di luogo fisicamente valutabile tra la proposta e l’accettazione, perché l’accettante non può far partire la sua parola se prima non ha raccolto quella del proponente. E se in questo intervallo intervengono circostanze (es. un improvviso maleore o un subitaneo disastro) che impediscono la conoscenza delle reciproche dichiarazioni, la formazione del contratto è esclusa. È difficile immaginarsi che se le parti trattano verbalmente l’una in presenza dell’altra una parte possa revocare in tempo la propria dichiarazione, ma l’ipotesi può presentarsi (es. due contraenti che trattano per iscritto per non essere uditi da un terzo, per conservare la prova del contratto, per la difficoltà di pronunciare lo stesso linguaggio, perché vi sia tempo in mezzo per revocare l’accettazione. L’accettante in questi casi potrebbe stracciare l’accettazione prima di consegnarla al proponente, o arrestarne la lettura dopo che è passata nelle sue mani, e ciò impedirebbe la conclusione dell’affare)”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1-59.

mens, in dem die Annahme den Antragsteller erreichen muss. Dieser zeitliche Rahmen ist im italienischen Zivilgesetzbuch nicht vorgesehen. Der Codice civile enthält nämlich keine Vorschriften, die den Vertragsschluss ausdrücklich regeln, sondern nur den Artikel 1098, wonach: „Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico". Daraus folgt, dass bei Verträgen zwischen Anwesenden die Annahme oder Ablehnung sofort erfolgen muss da der Antrag ansonsten seine Wirkung verliert. Dies ist so, weil

„il tempo che corre fra la proposta e l'accettazione nei contratti fra presenti è per lo più tanto breve che possono parere simultanee. [...] la proposta è per la propria funzione destinata a durare solo quanto è necessario per attendere la risposta"¹⁴³.

Der Vertrag zwischen den Anwesenden bleibt überdies nur im italienischen Zivilgesetzbuch geregelt und unterliegt auch nicht dem Handelsgesetzbuch:

„Un testo speciale di legge può ritenersi superfluo e compreso nella definizione generale di ogni contratto, quale risulta dalle disposizioni del Codice Civile. [...] se anche la disposizione andasse accolta, essa dovrebbe necessariamente armonizzarsi con le regole adottate per la conclusione del contratto tra assenti perché può ben succedere, sebbene di rado, che qualche ostacolo impedisca anche fra i presenti la comunicazione diretta, es. diversità dell'idioma, esistenza di imperfezioni fisiche, ma se la formula proposta dovesse avere l'effetto di prescrivere che sempre l'accettazione debba seguire immediatamente l'offerta in modo che sia tolta ogni efficacia agli usi commerciali, in tal caso la disposizione potrebbe essere sommamente pericolosa"¹⁴⁴.

Das Zivilrecht steht also in einem Verhältnis der Subsidiarität zum Handelsrecht, nicht nur in Bezug auf den Vertrag, sondern auch in Bezug auf zahlreiche andere Rechtsinsti-

¹⁴³ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 9-10.

¹⁴⁴ Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 358.

tute¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ – und allgemeiner, in Bezug auf den gesamten Handelssektor. Es kann daher bestätigt werden, dass das Zivilrecht als allgemeines Recht gilt. In diesem Zusammenhang sollte betont werden, dass Artikel 1 des Codice di Commercio von 1882 das Zivilrecht den handelsrechtlichen Quellen hierarchisch ausdrücklich unterordnet. Das Zivilrecht soll demnach nur im Falle fehlender Handelsgesetze und Handelsbräuche angewendet werden:

„In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. In mancanza si applica il diritto civile”.

Artikel 1 des Codice di Commercio von 1882 löst damit eine alte Kontroverse über das Verhältnis des Handelsrechts zum Zivilrecht, die sich aus dem französischen Gesetzbuch ergeben hatte. Oftmals wurde dazu die Meinung vertreten, dass das Handelsrecht ein Ausnahmegesetz darstelle, in dessen Schweigen auf das Zivilrecht zurückgegriffen werden muss, welches die Regel bildet. Das war in Frankreich die vorherrschende Meinung, obwohl sich einige angesehene Juristen auch dagegen aussprachen. Die vorherrschende Lehre meinte also, dass bei Schweigen des Handelsrechts nicht auf Handelsbräuche zurückgegriffen werden musste, sondern auf das Zivilrecht. Aber die italienische Lehre lehnte diese Meinung ab, indem sie die Unabhängigkeit des Zivilrechts und die Prävalenz der Handelsbräuche erklärte. Der Gesetzgeber von 1865 hat dieses Kon-

¹⁴⁵ „Il contratto fissa per solito la misura dei beneficii che spetta a ogni socio, anzi deve fissarla, se vuol essere conforme alla legge (art. 88 n. 5, 89 n. 6); ma, nel suo silenzio, si trovano nel Codice civile alcune regole che possono supplirlo”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 53.

Noch einmal zum Thema der formalen Anforderungen für die Gründung von Handelsgesellschaften: „Le indicazioni richieste per l’atto costitutivo [...] debbono essere tutte contenute nell’estratto da depositare alla cancelleria del Tribunale e da pubblicare (art. 90); e poiché l’art. 98 dice che la società non è legalmente costituita fino a che non siano adempiute tutte le formalità prescritte [...] sorge il dubbio se la mancanza di qualcuna delle suddette indicazioni [...] basti a rendere irregolare la società. Ma il dubbio va risoluto tenendo presente che, secondo la concorde opinione della dottrina e della giurisprudenza, nel silenzio delle parti su alcuni punti dell’atto costitutivo – in ispecie sulla natura (se a titolo di proprietà o di uso) del conferimento, sulla proporzione nella quale i singoli soci partecipano al capitale sociale ed agli utili ed alle perdite, sui soci che hanno la firma sociale, – si applicano le corrispondenti norme del Codice civile; sicché non deve ritenersi irregolare un atto costitutivo fino a che le sue apparenti lacune possano essere colmate dalle accennate norme suppletive”. A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 90-91.

¹⁴⁶ Das Handelsgesetzbuch distanziert sich in Bezug auf einige Themen vom Zivilgesetzbuch, wohingegen es sich gleichzeitig darauf bezieht. Dies wird durch die folgenden zwei Beispiele für Kapitalbeiträge deutlich: „Chi tarda colposamente la consegna della cosa promessa deve risarcire alla società il danno del ritardo, naturalmente il solo danno diretto e prevedibile al tempo del contratto: qui la legge speciale non ha inasprito le regole date dal diritto comune”; „Il riconoscimento di questa regola porta per conseguenza che il nostro diritto privato in materia di società si stacca dalla norma generale per cui i rischi e i pericoli della cosa alienata si trasmettono col semplice consenso (art. 710, 1125 cod. civ.). [...] D’altra parte, non è questo il primo caso in cui il legislatore, nel regolare i contratti traslativi di proprietà, abbandona il principio dominante nel diritto comune per tardare il passaggio dei rischi e pericoli ad essa inerenti sino alla consegna reale: ne dà un altro esempio il contratto di riporto”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 44-46.

zept in Artikel 89 über die Handelsbeziehungen aufgenommen („I contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal codice civile“). Der Gesetzgeber von 1882 dehnte diese Regel mit Artikel 1 auf alle Handelsangelegenheiten aus.

Derselbe Grundsatz gilt auch für Deutschland. Die vorherrschende deutsche Lehre vertritt folgende Meinung: „Auf dem Gebiet, für welches das Handelsgesetzbuch bestimmt ist, gelten verschiedene bürgerliche Rechte mit oft von einander abweichenden Bestimmungen“¹⁴⁷.

Die Kenntnis des zivilistischen Rechtsgeschäfts stellt für das Verständnis des Handelsrechts eine nötige Voraussetzung dar. In der Tat sind die Handelsverpflichtungen, für die der Vertrag eine Hauptquelle ist, im allgemeinen durch die im Zivilgesetzbuch für bürgerliche Schuldverhältnisse enthaltenen Bestimmungen geregelt:

*„Dobbiamo quindi avvertire i giovani della necessità di apprendere con sicurezza le norme scritte nel Codice civile, nel titolo delle obbligazioni, poiché esse reggono tutto il nostro diritto privato e perché non si può comprendere il valore delle poche deviazioni scritte nel Codice di commercio, se non si conosce la dottrina generale delle obbligazioni“*¹⁴⁸.

In der Ausarbeitung der Vorschriften über den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen hat sich der italienische Gesetzgeber angesichts der Wahl zwischen der deutschen Sendungstheorie und dem französischen System der Kenntnistheorie, trotz einiger gegensätzlicher Meinungen,¹⁴⁹ für das französische System entschieden und hat eine von der Vorherrschaft des Willens und der Gleichheit der Parteien inspirierte Regelung aufgestellt. Es handelt sich dabei um eine Regelung, die den Vertrag als ein Instrument

¹⁴⁷ „Bei der Interpretation der einzelnen Sätze darf man nicht von einem einzigen bestimmten Gesichtspunkt ausgehen. Insbesondere aber darf man sich dadurch, dass ein einzelner Satz mit einem Rechtssatz eins der im Gebiet des Handelsgesetzbuchs geltenden allgemeinen bürgerlichen Recht übereinstimmt, nicht zu der Annahme verleiten lassen, aber müsse jener Satz an dieser Stelle doch etwas Besonderes bedeuten, da ja sonst seine Aufnahme überflüssig gewesen wäre“. F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 50.

¹⁴⁸ C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 184 ff.

¹⁴⁹ „[...] dopo aver esaminata minutamente ed accuratamente la natura intima delle relazioni commerciali, e la condizioni rispettiva delle parti fra le quali viene fatta una proposta di convenzione, che può essere accettata o rifiutata dall'altra, espone i due diversi sistemi, coi quali può regolarsi la conclusione delle convenzioni fra assenti, e preferisce quello adottato dal Codice germanico, secondo il quale la convenzione si reputa perfetta, quando quegli a cui è fatta la proposta, abbia consegnato la sua accettazione per essere spedita“. Osservazioni della Camera di Commercio di Trapani, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 45.

„Ad ogni passo sulle varie questioni si palesarono, dall'una e dall'altra parte gagliardamente sostenute, opinioni diametralmente opposte. Ad esempio, nella questione concernente il luogo e il tempo in cui si perfeziona un contratto fra persone lontane, la risoluzione accolta nel nuovo Codice ha contro di sé nientemeno che l'immensa autorità di Casaregis e quella della legislazione germanica e due dei più validi interpreti dello stesso diritto francese, Marcadè e Démolombe. Contro la risoluzione accolta si potrebbero suscitare obiezioni infinite, e lo sono state, ma sarebbe preferibile per questo adottare una soluzione opposta? In materia di legislazione il campo dei perfezionamenti è indefinito. Ma sussistessero pure alcune contraddizioni ed incongruenze, qual è il codice che ne sia privo?“. Diskussion der Camera dei Deputati, Tornata del 30 gennaio 1882, Presidenza des Präsidenten Farini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 798-799.

der Spekulation betrachtet, durch das man Profit erzielen kann. Das bestätigt die Funktion des Handelsgesetzbuchs als Gesetzbuch der dynamischen, kaufmännischen und industriellen Bourgeoisie.

All dies vorausgeschickt, kommen wir nun zur detaillierten Analyse der Artikel 36 und 37 des Codice di Commercio von 1882.

a. Artikel 36 und 37 des Codice di Commercio von 1882

„1. Il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto, se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo.

2. Qualora poi il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione.

3. Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni.

4. Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte“ (Art. 36 des Codice di Commercio von 1882)

„Un'accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto della proposta accompagnato da nuova proposta.“ (Art. 37 des Codice di Commercio von 1882)

Die Bestimmungen der Artikel 36 und 37 füllten die Lücke des Codice di Commercio von 1865, der den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen nicht regelte. Angesichts des Schweigens des Gesetzes musste der Gesetzgeber das Recht festlegen, das den Vertrag regelte:

„Nel silenzio della legge, si sollevarono molte quistioni, le quali furono vivamente dibattute, e decise secondo le varie opinioni degli scrittori, e la giurisprudenza fu ed è ancora oggidì molto incerta nell'adottare le norme precise che possono servire alla soluzione delle relative controversie. Da ciò la necessità, che un Codice di Commercio, destinato a vedere la luce nello stato attuale del diritto, debba affrontare le difficoltà, e risolverle nel miglior modo possibile“¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64.

Es war ein so schweres Unterfangen¹⁵¹, dass manche¹⁵² es sogar für gefährlich hielten, eine absolute Regel in dieser Angelegenheit festzulegen, die in den meisten Fällen die Frage aufwarf, ob und wie die Einwilligung erfolgte. Dennoch gelang es dem Gesetzgeber von 1882, eine neue Vorschrift für Italien auszuarbeiten, die auf den Schutz des Willens der Parteien und gleichzeitig auf die Freiheit der Handelsbeziehungen abzielte¹⁵³.

Artikel 36¹⁵⁴ – eine „nuova, importantissima, ma un po' intricata disposizione“¹⁵⁵ – bestimmt, dass der Vertrag abgeschlossen wird, wenn sich der Wille des Antragstellers und der Wille des Empfängers treffen, denn die Parteien können nicht gebunden sein, ohne es zu wissen. Solange der Antragsteller nichts von der Annahme weiß, handelt es sich nur um ein *propositum in mente retentur*: „Il fatto generatore dell'obbligazione non è l'accordo di due volontà contrattuali, ma la conoscenza reciproca di questo accordo“^{156, 157}.

¹⁵¹ „La questione gravissima del tempo e del luogo, nei quali si perfeziona il contratto fra assenti non è una questione cui possa acconciarsi un'unica, assoluta, assiomatica soluzione. Questo tema molto dibattuto può risolversi solo con molte distinzioni [...]“. Osservazioni della Camera di Commercio di Brescia, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 42 ff. „Il Progetto merita un plauso per il tentativo di regolare in modo invariabile quei rapporti di diritto, se si considera che il codice del 1865 non si occupa di regolare le convenzioni tra persone lontane, nonostante la pratica supplisce alla lacuna e la lealtà e la buona fede che anima il commercio abbiano agevolato la soluzione delle frequenti questioni; trattasi di impresa ardua e importante“. Osservazioni della Camera di Commercio di Trapani, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 42 ff.

„[...] ciascuno comprende la gravità della questione, quanto per poco voglia discendere alle diverse conseguenze che deriverebbero da una soluzione piuttosto che da un'altra“. Relazione della Commissione della Camera dei Deputati composta dagli onorevoli Mancini poi Taiani Diego presidenti, Ricci e Bosselli segretari, Inghilleri, Luzzatti, Ferracciù, Puccioni, Veré, Castellano, Pedroni, Colombini, Incagnoli, Randaccio, Mancini e poi Pasquali relatori sul Progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di Commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 502-503

¹⁵² Die Handelskammer von Parma schlägt vor, dass der Artikel reformiert werden soll und dass aufkommende Fragen je nach Art der Verträge und den Umständen jedes konkreten Einzelfalles und den Handelsgebräuche zu beantworten sind. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 43-44.

¹⁵³ „La libertà di azione dei commercianti nel disporre delle cose loro è un elemento essenziale del commercio, quindi la legge deve restringere i vincoli entro i limiti della più stretta necessità. Conseguentemente la legge commerciale dee precludere l'adito alle questioni che potessero aver l'effetto di inceppare il libero movimento dei patrimoni commerciali“. Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 358.

¹⁵⁴ Vgl. Marghieri, Vorarbeiten: Prog. Prel. Art. 40; Prog. Min. Art. 35 (Band II, Teil II, S. 42); Oss. Cam. Comm. S. 43; Fac. Giur. S. 45; Relaz. Mancini (Band IV, S. 64-79); Rel. Cam. Dep. S. 502; Verb. Comm. Min. XXII Nr. 84 (Band II, Teil I, S. 65), XLIII Nr. 186, S. 151, LXXIV Nr. 360, 361, 362, 363, 364, S. 273-276, CXXXII, Nr. 779 S. 713.

¹⁵⁵ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 29-31.

¹⁵⁶ E. Vidari, L. Bolaffio, Annuario critico della giurisprudenza commerciale, 1893-1894, Verona, 1896, S. 317.

¹⁵⁷ „Fra contraenti residenti in diversi Paesi il luogo in cui deve ritenersi perfezionato un contratto commerciale non è quello ove risiede la parte, che accetta la proposta, ma quello della residenza del proponente, giusta gli art. 36 vigente c. comm., 1098, 1104 c.c.“. Kassationsgericht Neapel, 25. Mai 1887, Fleig e Broca c. Boris, in Il Foro Italiano, 1887, S. 281. „I contratti fra assenti, e così la novazione di precedente convenzione tra loro stipulata, si perfeziona al momento in cui il proponente ha cognizione dell'accettazione; e così al momento in cui, fatta la proposta per telegramma, gli giunge o gli è comunicato il telegramma di accettazione“. Berufungsgericht Turin, 16. September 1887, Gerbino c. Maggi, in Il Foro Italiano, 1887, S. 281. „Il contratto di assicurazione fra persone lontane non è perfetto se non quando alla persona che richiede di essere assicurata giunga la notifica dell'accettazione della società assicuratrice“. Gericht

Übrigens handelt es sich nach der italienischen Lehre bei Verträgen um Rechtsgeschäfte, die sich aus Willenserklärungen (Angebot und Annahme) ergeben, die sich an bestimmte Personen richten und die normalerweise erst dann Wirkung zeigen, wenn sie die gewünschte Adresse erreicht haben¹⁵⁸. Der Wille der Parteien trifft sich und damit wird der Vertrag in dem Moment abgeschlossen, in dem die Annahme den Antragsteller erreicht. Obwohl Artikel 36 vorsieht, dass die Annahme „giunga a notizia del proponente“ – d.h., der Antragsteller muss von der Annahme Kenntnis erlangen – haben die italienische Lehre¹⁵⁹ und Rechtsprechung¹⁶⁰ die Norm in dem Sinne interpretiert, dass die Annahme dem Antragsteller bekannt ist, sobald sie bei der Adresse des Antragstellers ankommt. Die ratio dieses Grundsatzes der Kenntnisvermutung beruht auf der Gewissheit der Beziehungen und der Erleichterung der Prozesse¹⁶¹.

Neapel, 20. Juli 1888, Riunione adriatica di sicurtà c. Scocchera, in *Il Foro Italiano*, 1889, S. 95. „Il contratto bilaterale fra persone lontane si perfeziona nel luogo e nel momento in cui giunge al proponente l'accettazione della proposta“. Berufungsgericht Catania, 16. April 1889, Ditta Gleizes c. Fischetti, in *Il Foro Italiano*, 1889, S. 245. „Nel caso di una convenzione formata per corrispondenza il contratto e le obbligazioni reciproche delle parti nascono nel momento in cui l'accettazione giunge a conoscenza del promittente“. Berufungsgericht Liegi, 20. Februar 1912, Pasieris Belge, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 91.

¹⁵⁸ „I negozi giuridici ora derivano da dichiarazioni di volontà dirette a persone determinate, e che non producono di regola i loro effetti finché non giungano all'indirizzo voluto: tali sono in generale le proposte e le accettazioni che cooperano alla conclusione di un contratto (art. 36); [...]. Altre volte queste dichiarazioni unilaterali di volontà si rivolgono a chiunque può avervi interesse, e producono i loro effetti tosto che sono manifestate: ne abbiamo esempi legali [...] nella pubblicazione dell'atto costitutivo di una società o delle sue riforme (art. 90 e segg., 96, 100)“; „L'elemento genetico e imprescindibile di ogni negozio giuridico è la dichiarazione di volontà. Là dove manca questa volontà di assumere un'obbligazione, sebbene vi sia la più sincera disposizione a eseguirla (art. 1162 cod. civ.), non c'è negozio giuridico. Là dove si tratta di un mero progetto, di un proposito, di una discussione, di un avvertimento, non c'è negozio giuridico. Questa ricerca è preliminare ad ogni altra, perché se essa dimostra che non si volle assumere un vincolo giuridico, ma profferirsi con un atto di cortesia, di confidenza, di preparazione, non c'è un negozio giuridico. La volontà individuale dà impulso all'affare, ma è la legge che integra e attua quella dichiarazione ponendo a suo servizio l'ordinamento giuridico“. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1 ff.

¹⁵⁹ „Se il codice potesse interpretarsi e applicarsi sotto criteri astratti, puramente dottrinali, l'arrivo dell'accettazione non basterebbe a soddisfare l'estremo legislativo che la risposta „sia giunta a notizia del proponente“ e, cioè ne abbia presa conoscenza. L'arrivo è presunzione della notizia, non notizia. La conoscenza è un fatto subbiettivo il quale non può facilmente esser provato, mentre facilmente può esser negato contro verità, senza possibilità di controprova. Esattissimo. Il compito probatorio deve semplificarsi nell'esercizio giudiziario del diritto. Per ciò bisogna ammettere che la conoscenza del contenuto del documento è implicita, e quindi presunta, nel ricevimento del telegramma o della lettera da parte del proponente o di chi lo rappresenta“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 95.

¹⁶⁰ „Se, per comodo proprio, una ditta commerciale tiene al suo ufficio due cassette, una per la corrispondenza e l'altra ad uso diverso, le quali possano essere scambiate dal fattorino della posta o del telegrafo, essa e non il trasmittente di una lettera o di un dispaccio deve subire le conseguenze dell'errore del fattorino, il quale in ipotesi, abbia introdotto la lettera o il dispaccio nella seconda invece che nella prima cassetta“. Berufungsgericht Venedig, 21. März 1912, Pernizzi c. Landauer, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 92.

¹⁶¹ Dies liegt daran, dass es leichter ist, etwas Materielles wie die Lieferung eines Dokuments oder die Unmöglichkeit, es zu erhalten, als eine mentale und psychische Analyse des tatsächlichen Wissens über den

Hinsichtlich des Ortes, an dem der Vertrag zwischen entfernten Personen abgeschlossen wurde, wurde bei den Vorarbeiten die Notwendigkeit einer Ad-hoc-Bestimmung ausgeschlossen, da es offensichtlich war, dass der Vertrag am Ort des Antragstellers abgeschlossen wurde, d.h. am Ort, an dem sich der Wille der beiden Vertragsparteien trifft¹⁶²⁻¹⁶³:

„Non può dubitarsi che il luogo della conclusione del contratto sia quello nel quale avviene l'incontro delle due volontà, cioè quello dell'arrivo dell'accettazione al proponente”; „La sede normale del contratto è [...] presso il proponente; in via di eccezione presso l'accettante, quando il proponente abbia chiesto l'esecuzione immediata e non si verifichino le condizioni negative che tolgono a questa richiesta ogni valore. Questa sede del contratto una volta fissata è irremovibile: le lettere che i due contraenti si scambiano successivamente per riassumere le clausole del contratto, per agevolare la prova, per regolarne l'esecuzione, non spostano più la sede del contratto”¹⁶⁴; „Se il contratto fra presenti viene perfezionato nel luogo in cui stanno ambedue i contraenti, ciò non è perché ivi si trovi e parli l'accettante, ma perché ivi si trova e sente il proponente”¹⁶⁵.

Inhalt des Dokuments, zu beweisen.

¹⁶² Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Nr. 363.

¹⁶³ „Secondo il nuovo codice di commercio il contratto bilaterale fra assenti si perfeziona nel luogo ove il proponente riceve notizia che la sua proposta fu accettata; e quindi se tal luogo è nel Regno, ben può citarsi lo straniero avanti le autorità giudiziarie italiane per le obbligazioni derivanti da tale contratto”. Berufungsgericht Mailand, 11. Dezember 1888, Ditta Paganini e Villani c. Ditta F. Acerboni e C., in Il Foro Italiano, 1889, S. 245. „Per determinare quale sia il luogo in cui siasi perfezionato il contratto, stipulato fra persone lontane, per l'applicazione della regola locus regit actum, devesi, nel caso di diverse legislazioni tra i due paesi, presumere che le parti abbiano preferito la legge propria del proponente, quando non risulti di una diversa loro intenzione. E quindi, se il proponente risiede in Italia, e di qui è partita la sua proposta, deve applicarsi la legge italiana per la quale il contratto si perfeziona là dove giunge al proponente la notizia dell'accettazione della sua proposta”. Kassationsgericht Turin, 4. Februar 1891, Bernheim c. Raaz, in Il Foro Italiano, 1891, S. 262. „Nei contratti tra persone lontane, il contratto si perfeziona nel luogo ove giunge la notizia dell'accettazione della proposta; uno scritto posteriore del proponente che mandi la sua accettazione e la designazione della quantità di merce da acquistarsi, vale solo come prova e richiesta di esecuzione dell'obbligazione già conchiusa”. Berufungsgericht Genua, 20. Februar 1892, Ditta Thalmann c. Picasso, in Il Foro Italiano, 1892, S. 284. „Il contratto tra assenti, quando non si richiede che la proposta sia seguita da un'accettazione formale, si intende concluso anche in rapporto alla competenza, nel luogo dell'accettazione”. Berufungsgericht Rom, 12. Dezember 1891, Ughion c. Vannisanti, in Il Foro Italiano, 1892, S. 284. „Col luogo di perfezionamento del contratto non è a confondersi quello dove esso è sottoscritto”. Berufungsgericht Genua, 7. Dezember 1911, Waren c. Baracchi, in U. Navarri, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92. „Il contratto bilaterale fra persone lontane non si perfeziona nel luogo dell'accettazione, ma nel luogo dove questa viene a notizia del proponente”. Berufungsgericht Trani, 29. April 1911, Tizani c. Tota, in U. Navarri, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92. „La sede della conclusione del contratto tra persone lontane, che è nel luogo in cui perviene notizia dell'accettazione, non può essere spostata dagli scritti posteriori”. Gericht Girgenti, 28. Januar 1916, Tripodi c. Fasano, in U. Navarri, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92.

¹⁶⁴ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 20.

¹⁶⁵ F. Bianchi in Temi Veneta 1888, 396; Gabba in Foro italiano 1897, I, 34 zit. in L. Bolaffio, Il Codice di

Die Kommunikationsmittel, die verwendet werden, um die Verträge zwischen voneinander entfernten Vertragsparteien abzuschließen, sind: (i) die Korrespondenz¹⁶⁶; (ii) der Telegraph; (iii) das Telefon (dieses Kommunikationsmittel ist sehr speziell, da man dadurch nicht in der Lage ist, die zwischen den beiden Gesprächspartnern geäußerten Aussagen nachzuweisen)¹⁶⁷; (iv) der Bote¹⁶⁸ (Der Bote überträgt lediglich das Wort des Absenders an den Empfänger, sollte die Erklärung des Boten nicht mit der des Absenders übereinstimmen, fehlt die Einwilligung und der Vertrag ist daher als nicht abgeschlossen anzusehen. Der Zustand seines Willens und sein guter Glaube sind für die Gültigkeit des Vertrags nicht von Belang¹⁶⁹. Die konkreten und Verfahrens – Schwierigkeiten¹⁷⁰, die sich aus der Nutzung des Boten ergeben, erklären, warum wichtige Transaktionen nicht durch den Boten abgeschlossen wurden. Der Bote wurde oft für kleine, einseitige Geschäfte genutzt, bei denen der Antrag von Dienstleistungen, Geschenken oder Gebrauchsleihe begleitet wurde, weil der Antrag den Antragsteller verpflichtet, ohne eine Antwort zu benötigen); (v) automatische Geräte: (In diesem Fall ist der Antragsteller der Kaufmann, der das Gerät nutzt, und der Empfänger derjenige, der das Gerät betätigt, um den angebotenen Gegenstand oder Dienst herauszuziehen: „fra loro è escluso ogni dibat-

commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 87, Fußnote Nr 1.

¹⁶⁶ „È necessità di ordine giuridico far pervenire al proponente la propria accettazione non per lettera semplice, ma per raccomandata o per telegramma“. Gericht Lecce, 30. November 1912, Anastasia c. Pellegratta, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 94.

¹⁶⁷ „Anche nei contratti per telefono la risposta dev'essere immediata, a meno che il proponente o la consuetudine o la natura della proposta non consentano un termine per l'accettazione, perché, tra l'altro, una volta abbandonato l'apparecchio, non si può averlo sempre e immediatamente a propria disposizione. [...] bisognerebbe che il fonografo, collegato al telefono, ne raccogliesse le voci per ricostruire il contratto. Mentre l'invenzione attende un perfezionamento che ripari a questo difetto, si potrà supplirvi, sia tenendo presenti al discorso da una parte e dall'altra dei testimoni, sia registrando subito l'affare nei libri di commercio, sia confermando il contratto telefonico colla corrispondenza. La grande difficoltà di desumere dal telefono la prova del contratto e di constatare col suo mezzo l'identità di chi parla e di chi risponde, l'uso costante dei commercianti di confermare i loro contratti per iscritto, m'indurrebbero a presumere che le dichiarazioni telefoniche abbiano per lo più il carattere di trattative, subordinate per la conclusione del contratto allo scambio di una corrispondenza confermativa“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 21.

¹⁶⁸ „Quando un contratto sia trattato ad interposizione di un semplice agente di una delle parti, il quale ha soltanto l'ufficio di trasmettere le proposte o le offerte, non quello di concludere gli affari, il contratto deve considerarsi come contratto fra assenti a cui sono applicabili le regole di cui all'art. 36 cod. comm.“. Berufungsgericht Genua, 25. Juli 1913, Gandolini c. Florio, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 91.

¹⁶⁹ „[...] che sia capace, che intenda ciò che si dice, è indifferente; ancorché si riferisca la proposta in un idioma che gli è sconosciuto, il mittente resterà egualmente obbligato“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 22.

¹⁷⁰ „Se il messo è citato per l'esecuzione dell'affare, toccherà a lui di provare che vi prese parte solo come messo, cioè dovrà escludere d'aver contratto per sé [...]. Se il mittente è citato per l'esecuzione dell'affare, spetterà all'attore l'onere di provare che il messo era stato incaricato di riferire la volontà del mittente: provato l'incarico, è ragionevole presumere che l'abbia adempiuto fedelmente, appunto perché fu scelto per questo scopo. Quand'anche non si ammettesse questa presunzione, bisognerebbe concludere egualmente contro il mittente responsabile delle colpe del suo commesso“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 22.

tito: o si accetta l'offerta tale quale è, o si passa oltre; il contratto ha le sue vie di ferro fissate dal meccanismo¹⁷¹; (vi) Seesignale.

Was den Beweis des Vertragsschlusses betrifft, liegt die Beweislast bei demjenigen, der einige Rechte daraus ableiten will¹⁷². Wenn der Antragsteller der Kläger ist, wird er in der Lage sein, den Vertragsschluss mit der Antwort des Empfängers, die mit Datum und Stempeln versehen ist, leicht zu beweisen. Ist der Empfänger hingegen der Kläger, kann er den Vertragsschluss mit dem Original des Antrages und mit der Kopie der Annahme oder mit den nachfolgenden Schreiben des Antragstellers, die den Vertrag ausführen, belegen. Sollte der Antragsteller verneinen, die Annahme erhalten zu haben, kann der Empfänger ihn dazu auffordern, das Kontenjournal zu zeigen, wo der Antragsteller das durchgeführte Geschäft hätte eingetragen müssen¹⁷³.

Nach der italienischen Lehre und Rechtsprechung sind das Angebot und die Annahme Rechtsgeschäfte vorübergehenden Charakters, da sie nur während der Vertragsverhandlungen gültig sind: „se questo si conclude si fondono in esso formando una figura giuridica nuova, se non si conclude cadono nel nulla delle trattative fallite“¹⁷⁴.

Insbesondere muss das Angebot, um gültig zu sein, bestimmte Voraussetzungen erfüllen: (i) es muss vollständig sein¹⁷⁵; (ii) es kann ausdrücklich oder stillschweigend for-

¹⁷¹ Die automatische Geräte „possono servire alla conclusione di qualsiasi contratto, di vendita, di lavoro, di trasporto, di assicurazione. Possono dividersi in due categorie; in apparecchi che concludono ed eseguono il contratto, come accade agli apparecchi che forniscono una merce o un servizio, e in apparecchi che concludono il contratto e ne forniscono la prova, ma non lo eseguono, come quelli che danno un biglietto di lotteria, di trasporto, di assicurazione. [...] La sede del contratto formato per mezzo degli apparecchi automatici è là dove sono piantati: il proponente che dà ad essi l'attitudine di rispondere eseguendo in tutto od in parte il contratto, anticipa necessariamente la sua conclusione, cioè rinuncia a ricevere personalmente l'accettazione". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 23.

¹⁷² „Chi eccepisce il ritardo nell'arrivo dell'accettazione di una proposta contrattuale deve darne la prova, mentre all'accettante spetta solo provare la tempestiva consegna al competente ufficio della lettera e del telegramma di risposta". Berufungsgericht Venedig, 21. März 1912, Pernizzi c. Landauer, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92.

¹⁷³ „In quest'ultima ipotesi l'accettante non fornirebbe il suo compito presentando il proprio copia-lettere, poiché se questo fa fede che la lettera fu scritta non dimostra ancora che sia stata impostata e sia giunta regolarmente, e secondo il Codice è solo l'arrivo dell'accettazione a notizia del proponente che dà vita al contratto". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 21.

¹⁷⁴ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 1-59.

¹⁷⁵ „Non perde questo requisito se lascia all'accettante la scelta di qualche circostanza anche essenziale (es. prezzo, tempo di consegna) purché i limiti della scelta siano fissati (art. 1117 Cod. civ.). Può anche essere fatta per conto di una persona sconosciuta, se il contratto non ha carattere personale (es. per conto di chi spetta, art. 424 codice di commercio del 1882 o per persona da nominare, art. 672 c.p.c.). Promesse per pubblici bandi (es. ricerca di una cosa smarrita, scoperta di una macchina, presentazione di una memoria), persistenti per tutto il tempo assegnato al bando o determinato dalla natura della prestazione e destinate a divenire irrevocabili quando qualcuno intraprende l'esecuzione (art. 36, co. 2), presumendosi che l'esecuzione abbia avuto inizio quando il bando è stato pubblicato. Promesse ad incertam personam (uno del pubblico) o ad incertas personas (molte persone contemporaneamente) se la persona dell'accettante è indifferente al proponente e se la proposta contiene una determinazione sufficiente dell'affare che si dovrebbe concludere con ogni accettante (es. offerta a prezzo fisso di merci esposte in una bottega; emissione di obbligazioni quando il manifesto determini il metodo per ridurre le sottoscri-

muliert werden¹⁷⁶; (iii) es soll mit der Absicht, im Falle der Annahme des Angebots verpflichtend zu sein, gestellt werden¹⁷⁷; (iv) es soll in der für den nachfolgenden Vertrag vorausgesehenen Form verfasst werden; (v) es kann eine Frist¹⁷⁸ oder keine Frist vorsehen. Was den Zeitpunkt, an dem die Annahme den Antragsteller erreichen muss, betrifft, sieht Artikel 36, Absatz 1, vor, dass das die Annahme „nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio” den Antragsteller erreichen muss. Eine spezifische Bestimmung hat der Gesetzgeber wegen der Vielfalt der zur

zioni eccedenti; offerte di illuminazione o di acqua potabile agli abitanti di una città; offerte fatte tramite apparecchi automatici che si intendono limitate dall'esaurimento della provvista; offerte fatte per un prezzo determinato e mediante cataloghi di libri rari, oggetti preziosi, mobili vecchi; offerte fatte coi listini ove l'offerta si intende limitata dalla potenzialità industriale dell'offerente; offerte di spettacoli pubblici che si intendono limitate dai posti disponibili”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1-59.

¹⁷⁶ „La proposta può essere manifestata con qualsiasi atto positivo, sia esso espresso (es. lettera, telegramma) o tacito (es. esposizione di un quadro; invio di merce di poco valore come libro, giornale; quando esistono abituali relazioni d'affari tra i contraenti). Può farsi con tutti i mezzi con cui si può concludere un contratto”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1-59.

¹⁷⁷ „Deve essere fatta con l'intenzione di obbligarsi nel caso che sia accettata: quindi non sono proposte: a) le dichiarazioni fatte per gioco o iattanza (es. venditori ambulanti, giocolieri nelle piazze); b) le offerte accompagnate dalle clausole “senza impegno” “salvo conferma” o altre analoghe; c) le offerte informative con cui si chiedono notizie delle merci disponibili o dei prezzi, anche qualora consegua risposta conforme (es. vorrei sapere se potete fornirmi una partita di grano al prezzo odierno in seguito alla vostra proposta vi metto a disposizione 1000 sacchi di grano al prezzo di L. 15 l'ettolitro: il proponente è il secondo dichiarante); d) le offerte dirette a persona diversa da quella che dovrebbe accettarle, a meno che il proponente non le dia l'incarico di comunicarle e di farle accettare”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1-59.

¹⁷⁸ „Il termine della proposta può essere volontario, cioè stabilito dal proponente direttamente (fissando il momento) o indirettamente (indicando il modo in cui deve essere comunicata la risposta). Il termine e il modo stabiliti dal proponente fanno legge per la risposta: non salva la forza maggiore (es. interruzione dei fili telegrafici, chiusura dell'ufficio). Se invece il proponente per fatto proprio non può ricevere l'accettazione (es. allontanandosi o chiudendo il suo negozio nelle ore in cui giunge la posta) l'arrivo in tempo deve ritenersi verificato (art. 1179 Cod. civ.). Il termine assegnato dal proponente al proprio impegno deve calcolarsi dal momento della partenza della proposta, perché il proponente per disporre delle cose sue volle uscire da ogni incertezza, sapere se l'affare si fa o non si fa entro un termine preciso, e non si soddisfa il suo scopo se non si tiene conto del momento della partenza, considerando che i termini delle corrispondenze postali sono sempre incerti (Meili, *Das Telegraphhenrecht*, II ediz., Zurigo 1873, p. 55 cit in Vivante p. 33 nota 38, ricorda due decisioni del Tribunale e della Corte di Zurigo che ritennero libero il proponente in un caso in cui egli aveva concesso quattro ore per avere la risposta. Il suo dispaccio partito da Zurigo al tocco arrivò a Ginevra a 2 ore e 45 minuti; l'accettazione consegnata a questo ufficio telegrafico alle ore 3 e 25 minuti giunse a Ginevra solo alle 6 e 20 minuti. Il proponente dichiarò che era giunta troppo tardi e che alle 5 aveva disposto altrimenti della merce). Il destinatario che ebbe un termine per l'accettazione può profittarne per accettare la proposta dopo le prime esitanze o controproposte, e una prima risposta contenente modificazioni all'offerta non implica la rinuncia a quel termine, a meno che il destinatario non abbia manifestato tale intenzione recisamente dando alla sua controfferta carattere definitivo nel senso “o accettate così, o abbandono l'affare”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band IV, *Le obbligazioni*, Mailand, S. 1-59.

Verfügung stehenden Kommunikationsmittel nicht vorgesehen¹⁷⁹. Der Verweis auf die Qualität des Vertrags und auf die allgemeinen Handelsgebräuche¹⁸⁰ hängt davon ab, dass

„Lo scopo e l'oggetto della contrattazione sovente additano chiaramente l'intenzione delle parti ed il limite più o meno breve di tempo in cui il proponente può aspettare la risposta, e quindi il mezzo più o meno celere di cui l'accettante può intendersi obbligato ad usare per trasmetterla. Una disposizione legislativa assoluta e uniforme che determinasse il tempo in cui il proponente sia obbligato ad attendere la risposta sarebbe arbitraria e dannosa, avuto riguardo alla diversità delle distanze e alla natura delle contrattazioni. [...] Tutto adunque dev'essere abbandonato, secondo la specialità dei casi e gli usi introdotti in commercio, all'equo e prudente apprezzamento dei tribunali”¹⁸¹.

¹⁷⁹ „L'accettazione di una proposta non è valida se non è fatta nel tempo ordinariamente necessario per lo scambio della proposta e dell'accettazione benché ciò non sia espressamente enunciato dal proponente. [...] Non può essere tenuta valida una convenzione se l'accettazione di una proposta non è fatta nei termini precisi della proposta stessa, tenendo conto delle condizioni cui essa fu sottoposta”. Kassationsgericht Florenz, 19. Mai 1913, Bertagni c. Lorenzetti, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 91. „Anche in materia civile si applica il principio dell'art. 36 per cui il contratto bilaterale fra persone lontane non è perfetto se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione secondo la qualità del contratto e la consuetudine, e pertanto, proposta una transazione ad una cappellania sopra determinati oneri di culto, non possono dopo oltre trent'anni gli amministratori di detta cappellania pretendere di accettare la proposta anzidetta, fatta per iscritto e di obbligare alla sua esecuzione gli eredi del proponente”. Berufungsgericht Turin, 11. Juni 1915, Allemandi c. Olivero, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92. „Non è eccessivo il tempo di 6 ore e 37 minuti impiegati dalla duplice trasmissione di proposta e risposta telegrafica tra Londra e Verona: onde tale deve ritenere a sensi dell'art. 36 il tempo ordinariamente necessario, senza che sia lecito al proponente eccepire ritardo nell'avviso dell'accettazione”. Berufungsgericht Venedig, 21. März 1912, Pernizzi c. Landauer, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92.

¹⁸⁰ „Qui non si tratta di desumere la legge regolatrice del contratto (del resto non ancora legalmente formato, se non si accerta preventivamente l'osservanza del termine), bensì d'interpretare anche dal costume commerciale, quale si è formato nel suo più largo campo di operosità legale. Il codice, riferendosi espressamente all'uso generale, esclude che in questo caso si applichi il principio che l'uso particolare prevale al generale. Si tratta di una norma speciale che deroga al principio contenuto nell'articolo 1 del cod. di commercio”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 95.

Aufgrund Diskussionen über die Handelsgebräuche wurde der Artikel 58 des Codice di Commercio ausgearbeitet, der lautet: „La forma e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali, la forma degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che ne derivano o per la loro esecuzione, e gli effetti degli atti stessi, sono regolati rispettivamente dalle leggi o dagli usi del luogo dove si emettono le obbligazioni e dove si fanno o si eseguono gli atti suddetti, salva in ogni caso l'eccezione stabilita dell'articolo 9 delle disposizioni preliminari del codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale”. Artikel 9 der Einführungsbestimmungen zum italienischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1865 sieht wiederum vor: „Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. E però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purché questa sia comune a tutte le parti”.

¹⁸¹ Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64-80.

In der Tat ist es klar, dass die Antwortzeiten ein unterschiedliches Gewicht haben, je nachdem, ob es sich z. B. um den Verkauf einer Schiffsladung oder den Verkauf von Wertpapieren handelt¹⁸².

Die Annahme des Vertragsantrages muss zum Ausdruck gebracht werden und muss den Willen der Person, an die der Antrag gerichtet wird, zum Ausdruck bringen, dass der Vertrag innerhalb der durch den Antrag festgelegten Fristen abgeschlossen wird¹⁸³. Die Vertragsannahme ist gültig, wenn sie zwei Anforderungen erfüllt: sie muss (i) vollständig dem Antrag entsprechen und (ii) prompt sein.

Was den Punkt (i) betrifft,

„l'accettazione non è tale se non è adesione pura e semplice alla proposta. Ciò suppone che la proposta sia giunta senza alterazioni. [...] L'accettazione deve essere integrale, data così per le parti principali, e quindi anche per le modalità della proposta, allorché queste modalità, nell'intenzione del proponente, costituiscono un tutto inscindibile con l'oggetto principale dell'offerta. È arbitrario ogni apprezzamento sulla importanza che può avere questa o quella clausola contrattuale, per quanto in apparenza secondaria”^{184, 185}.

In diesem Zusammenhang greift der ergänzende¹⁸⁶ Artikel 37¹⁸⁷ ein – „articolo nuovo questo pure, ma di evidente correttezza giuridica”¹⁸⁸, der lautet: „Un'accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto della proposta accompagnato da nuova proposta”. Das Wort „condizionata“ hat in diesem Fall nicht die Bedeutung von Bedingung im technischen Sinne, sondern bezieht sich auf jede neue Klausel, die wesentlich bzw. zusätzlich ist. Mit dem neuen Antrag werden die Parteien ausgetauscht: Der erste Antragsteller

¹⁸² „Se propongo al mio corrispondente di un piccolo porto di mare di vendergli l'intero carico di una nave che non è ancora giunta lì, il termine di due giorni è troppo breve se l'acquirente deve esaminare la merce, mentre se offro la vendita di una partita di rendita pubblica in Borsa ho diritto a una risposta immediata, perché non posso rimanere esposto per due giorni alla eventuale variabilità dei corsi lasciando all'altra parte il vantaggio di poter calcolare se accettare o meno”. Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64-80.

¹⁸³ „Come principio, l'accettazione di una proposta contrattuale deve essere espressa e manifestare la volontà di colui, al quale la proposta è fatta, di concludere il contratto nei termini stabiliti dalla proposta”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 92.

¹⁸⁴ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 92-93.

¹⁸⁵ „Il contratto bilaterale fra persone lontane è solo allora perfetto, quando l'accettazione giunga a conoscenza del proponente, e ricada su tutte le clausole della proposta, senza potere distinguere tra modalità fondamentali e modalità secondarie”. Gericht Lecce, 30. November 1912, Anastasia c. Pellegatta, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 91.

¹⁸⁶ „[...] occorre tentare una costruzione completa di questo istituto, perché le regole scritte negli art. 36 e 37 del Codice colle loro reciproche influenze creano un sistema così connesso, che non si può sciogliere con sicurezza alcun dubbio parziale senza la conoscenza dell'intero istituto”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 7.

¹⁸⁷ Vgl. Marghieri, Vorarbeiten: Prog. Prel. Art. 41; Prog. Min. Art. 36; Band II, Teil II, S. 45; Verb. Comm. Min. XLIII Nr. 186 (Band II, Teil I, S. 151); LXXIV Nr. 359 S. 273.

¹⁸⁸ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 29-31.

wird der Empfänger des neuen Antrages: Nimmt er es an, dann ist die Zeit und der Ort des Vertragsschlusses derjenige, in dem sein Akzept den Teil erreicht, an den er seinen ursprünglichen Antrag gerichtet hatte¹⁸⁹. Bei den Verträgen, die eine sofortige Durchführung vorsehen, sollte der Akzeptant eine Frist für die Antwort den Antragssteller fragen, gibt es einen neuen Vorschlag. Artikel 37 gibt Artikel 322 ADHGB wieder:

„Fu adottata senza osservazioni la disposizione ragionevolissima dell'art. 322 del Codice germanico [...]: tale disposizione non è che una legittima conseguenza dei più sicuri principi di diritto e di ragione”¹⁹⁰.

Was den Punkt (ii) betrifft, ist die Festlegung einer Frist, wie bereits oben erwähnt, dem Antragsteller überlassen¹⁹¹. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist wird davon ausgegangen, dass die Vertragsabsicht des Antragstellers nicht mehr besteht, wenn er nicht sofort einen gegenteiligen Willen ausspricht. („Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purché ne dia immediatamente avviso all'accettante”. Artikel 36, Absatz 1, Teil 2). Dass der Antragsteller die verspätete Vertragsannahme als wirksam ansieht, hat jedoch keinen Einfluss auf den Vertragsschluss, der zu jenem Zeitpunkt und an jenem Ort erfolgt, an dem die Vertragsannahme den Antragssteller erreicht: „L'accordo esisteva di già; il contratto si mantiene, malgrado che la risposta sia giunta tardivamente”^{192–193}.

Die Vertragsannahme kann auf zwei Arten erfolgen: (i) ausdrücklich oder (ii) mit der Erfüllung des Vertrags, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend vom Antragsteller

¹⁸⁹ „Chi condiziona, allarga o restringe una proposta fattagli per presentarne altra modificata, quegli fa una nuova proposta e si converte in proponente: questo semplicemente vuol dire l'art. 37. L'apprezzare poi se vi è o no modificazione da considerarsi come nuova proposta, spetta, caso per caso, al tribunale”. Kassationsgericht Turin, 27. Juli 1905, Brignone c. Ferro, in L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 93. „Per la perfezione del contratto fra lontani è mestiere che l'offerta del proponente venga puramente e semplicemente accettata dal rispondente; ma se questi modifica la proposta di convenzione, si fa a sua volta proponente, ed allora per la perfezione del consenso si richiede ancora l'accettazione di colui che fece le prime aperture”. Berufungsgericht Casale, 19. November 1886, Soc. Esercenti e Commerc. di Nizza c. Com. Nizza Monferrato, in *Il Foro Italiano*, 1887, S. 281. „La modificazione fatta alla proposta relativamente al tempo e al luogo della consegna della merce offerta in vendita dal proponente costituiscono quell'accettazione condizionale o limitata che, ai sensi dell'art. 37 cod. comm. equivale a rifiuto della proposta accompagnata a nuova proposta”. Berufungsgericht Palermo, 13. März 1913, Andino c. Dassaro, in *Il Foro Italiano*, S. 94.

¹⁹⁰ Relazione Mancini, in Marghieri, *Vorarbeiten*, Band IV, S. 68.

¹⁹¹ Die Entscheidung darüber, ob dieser Wille existiert und verbindlich ist, sodass der Antragsteller über diese Frist hinaus befreit sein kann, liegt in jedem Einzelfall im Ermessen des Richters.

¹⁹² „Alla proposta è assegnata una forza vitale limitata nel tempo, ma la determinazione di questo tempo è rimessa alla volontà del proponente; il quale, pertanto, può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo. La legge esige soltanto che, in questo caso, il proponente debba darne avviso all'accettante immediatamente”. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 93.

¹⁹³ „Nei rapporti e negli usi commerciali l'obbligo di rispondere alle proposte ricevute e di notificare il tardo arrivo delle risposte è talmente radicato che sarà certo rarissimo il caso dell'omissione; oltre a ciò, l'arrivo regolare della risposta potrebbe essere impedito da un caso fortuito, ed in tal caso si applicherebbero le regole generali del diritto, quindi non sarebbe opportuno prevedere un obbligo espresso perché una tale disposizione creerebbe il pretesto per molte liti e quindi risulterebbe più dannosa che vantaggiosa”. Mancini in Marghieri, *Vorarbeiten*, Band II/I, Nr. 362.

genehmigt wurde. Die Möglichkeit, den Vertrag ohne eine ausdrückliche Annahme des Angebotes zu erfüllen, ist in Artikel 36, Absatz 2, vorgesehen:

„Qualora poi il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione”.

Der Antragssteller darf ausdrücklich oder stillschweigend nach einseitigen Versprechen bzw. vorigen Verhältnissen der Parteien vorsehen, dass der Empfänger den Vertrag sofort erfüllen muss. Dafür notwendige, zeitgleiche Bedingungen sind die Folgenden: (i) Positive Bedingung: ausdrückliche Anfrage des Antragsstellers; (ii) Negative Bedingung: der Antragssteller verlangt dem Empfänger keine Antwort vor der Vertragsannahme; und (iii) Negative Bedingung: die generellen Gebräuche sehen keine Antwort vor der Vertragsannahme vor¹⁹⁴. Die vorherrschende italienische Lehre vertritt die Meinung, dass die sofortige Erfüllung des Vertrags keine Ausnahme von der Regel der ausdrücklichen Vertragsannahme darstellt: „l'esecuzione non sta all'accettazione scritta preventiva come l'eccezione alla regola”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ „Il consenso necessario per la perfezione del contratto, nella specie tra persone lontane, deve risultare da parole, fatti o circostanze che siano effettivamente incompatibili col proposito di non aderire alla contrattazione. [...] Nei contratti tra assenti a norma dell'art. 36 non basta la volontà del proponente per chiedere l'esecuzione immediata del contratto e per togliere la necessità della risposta di accettazione, ma occorre anche che tale risposta non sia necessaria per la qualità del contratto e per gli usi generali del commercio”. Kassationsgericht Rom, 12. November 1912, Moncelli c. Candiani, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 91. „Quando un contratto sia non concluso da un vero e proprio rappresentante, ma da un agente incaricato di ricercare affari con obbligo di sottoporre ogni singolo affare all'approvazione del mandante, il contratto deve ritenersi perfezionato al domicilio di quest'ultimo se per la natura del contratto stesso (contratto di borsa) una preventiva risposta di accettazione non era necessaria, ed ivi ne fu senz'altro intrapresa l'esecuzione”. Kassationsgericht Turin, 29. Januar 1918, Gorla c. Roger, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92. „La accettazione di contratto fra assenti può anche essere tacita e ritenuta incensurabile dal giudice del merito”. Kassationsgericht Turin, 14. Januar 1919, Lobek c. Wilde, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 92. „Il contratto proposto da un viaggiatore di commercio, salvo approvazione della ditta da cui dipende, non è concluso fino a che l'accettazione della ditta non pervenga all'altra parte. [...] Il puro e semplice silenzio da parte della ditta non può interpretarsi come tacita accettazione, la quale può solo sorgere da parole o da fatti incompatibile col proposito di non aderire al contratto. [...] Un uso locale che al semplice silenzio dia valore di accettazione, non ha valore giuridico, perché contrario alla legge”. Kassationsgericht Rom, 5. September 1913, Dettori c. Capra, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 93.

¹⁹⁵ „Quel che interessa rilevare fin d'ora, anche perché contraddice l'opinione prevalente, è questo: che, nel concetto del legislatore, fatto palese così dalla lettera della legge come dai motivi esposti dal Mancini (il quale ha meditate e formulate le disposizioni in esame), l'esecuzione non sta all'accettazione scritta preventiva come l'eccezione alla regola. Date le diverse situazioni tenute presenti dal legislatore, e alle quali appunto intese provvedere con regole diverse, le due norme del primo e del secondo alinea dell'art. 36 si equiparano, ed è un equivoco esegetico ritenere che il secondo alinea sia subordinato al primo così che la sua interpretazione debba farsi con criterio restrittivo”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato,

Artikel 36, Absatz 3 lautet: „Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili“. Der Vertrag wird durch eine übereinstimmende Willenserklärung der Parteien abgeschlossen. Deshalb können das Vertragsangebot und dessen Annahme auch durch einen entgegengesetzten Akt widerrufen werden, der zustande kommen muss, bevor der Vertrag geschlossen wird, da diese Freiheit mit der Einhaltung der freiwilligen Verpflichtungen in Einklang gebracht werden muss¹⁹⁶. Der Widerruf der Vertragsannahme verhindert daher den Vertragsschluss nur dann, wenn es dem Empfänger gelingt, den Antragsteller vor Eintreffen der Vertragsannahme zu erreichen¹⁹⁷⁻¹⁹⁸. In dieser Hinsicht hat die italienische Rechtsprechung festgestellt, dass der Vertragsantrag bei Verträgen zwischen entfernten Personen innerhalb der für die Vertragsannahme vorgesehenen Frist widerrufen werden kann, wenn der Vertragsantrag noch nicht angenommen wurde¹⁹⁹. Die Ausübung dieser Befugnis des Akzeptanten hat keinen Ein-

Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 92.

„La prima [censura al progetto] combatteva la rigida uniformità dell'unica regola dottrinale, come troppo assoluta, per essersi trascurato di considerare l'influenza che anche su questa materia può avere la volontà delle parti, sempre sovrana nelle obbligazioni contrattuali e di tener conto della varietà di alcuni casi e di alcuni contratti, a cui la regola medesima non potrebbe applicarsi senza contraddire ad alti principii di diritto e senza disagio del commercio. Ed invero non vi è ragione di mantenere il rigore di quella regola, la quale per la perfezione del contratto fra assenti richiede che al proponente pervenga l'accettazione dell'altro contraente, allorché la volontà dello stesso proponente, espressa o sottintesa, dispensi da quest'ultima condizione, ed egli intenda di assumere l'obbligazione prima e senza che materialmente gli arrivi la risposta“. Mancini, in L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 92, Fußnote Nr. 1.

¹⁹⁶ „[...] nella revoca devesi ravvisare piuttosto la concessione fatta al principio giuridico per cui l'accordo dei contraenti è indispensabile alla costituzione di un vincolo contrattuale, che un provvedimento conforme ai bisogni del traffico, pei quali invece si richiede un affidamento sicuro sulla serietà di ogni proposta concreta di affare“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 108.

¹⁹⁷ „La revoca, rebus integris, è un diritto della parte non ancora vincolata da un contratto. Sicché, come regola, libertà piena di ogni contraente di recedere dalla dichiarazione fatta finché il contratto non è perfetto“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 104.

¹⁹⁸ „Fino a quando non sia avvenuta l'accettazione, la proposta può sempre essere ritirata, a meno che il proponente non sia obbligato a tenerla ferma per un certo tempo“. Kassationsgericht Florenz, 18. Februar 1915, Dogarelli c. Com. Asciano, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 91. „Il proponente ha diritto di ritirare la proposta finché non gli giunga notizia dell'accettazione, anche se la lettera o il telegramma relativo possa già essere stato presentato agli uffici postali od affidato ad un messo per portarlo a destinazione“. Berufungsgericht Mailand, 5. September 1911, Cima c. Bonelli, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 93. „La rinuncia ad un contratto non è perfetta prima che l'accettazione fattane dall'altra parte non sia giunta a notizia del proponente, e quindi sino a questo momento, egli ha sempre diritto di ricredersi e di volere che il contratto si eseguisca“. Berufungsgericht Mailand, 12. Februar 1914, Sartori c. Boretti, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 93. „La revoca della proposta spedita prima, ma pervenuta all'accettante quando già il proponente aveva ricevuto notizia dell'accettazione non impedisce la conclusione del contratto“. Gericht Catania, 22. Januar 1916, Ferlito c. Vaccarino, in U. Navarrini, A. Vedani, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo*, Band I, 1911-1922, S. 93.

¹⁹⁹ „Un contratto non diviene perfetto avanti che il proponente non venga a conoscere l'accettazione del-

fluss auf das Vertrauen des Antragstellers: Tatsächlich weiß der Antragsteller nicht, ob sein Antrag angenommen wurde/wird und hat daher keinen Grund, auf den Vertragsschluss zu vertrauen. Wenn er also den Widerruf vor der Vertragsannahme erhält, wird sein Vertrauen nicht mehr verletzt, als es bei einer Ablehnung oder einer mangelnden Annahme seines Antrages der Fall wäre – Ereignisse, mit denen der Antragsteller in jedem Fall rechnen muss.

Der zweite Teil von Artikel 36, Absatz 3, sieht vor, dass

„ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni”.

Die Partei, die den Widerruf ausübt, muss die andere Partei entschädigen, wenn diese bereits mit der Erfüllung des Vertrages nach dem Grundsatz von Treu und Glauben begonnen hat. Obwohl der Gesetzgeber das Widerrufsrecht anerkennt, schränkt er dieses ein, und gewährt demjenigen, der bereits mit der Erfüllung des Vertrags begonnen hat bevor er vom Widerruf des Angebotes/der Annahme der anderen Partei erfahren hat, das Recht auf Schadenersatz. Der Gesetzgeber sieht dies vor, weil der Widerruf, was auch

la sua proposta; che nel tempo intermedio egli ha diritto di revocarla; che alla revocazione non si oppone il fatto di aver egli prefisso il termine entro il quale accettare la proposta, dappoiché in tal modo non ha fatta una rinuncia né espressa né sottintesa, tali affermazioni sono insindacabili. Infatti, l'art. 36 del codice di commercio dichiara che ogni proposta è revocabile tanto se il termine ad accettare è indicato dal proponente, quanto se è quello valutato con criteri offerti dal detto articolo. Nel tempo che intercede fra la proposta e la notizia dell'accettazione della medesima, non esistono vincoli se non vi sia rinuncia espressa o tacita; la revocazione è di diritto per entrambe le parti, sono integre le cose per l'una e per l'altra”. Der Fall betraf einen Auftrag von einer Kerzenfabrik: “Ecco il fatto: La fabbrica di candele steariche della Mira spedì nel 13 marzo 1893 a Luiselli Carlo rappresentante in Genova della ditta Bracht di Anversa e di Buenos-Ayres il telegramma seguente: «Preghiamovi telegrafare Bracht ordine fermo 100 tonnellate bue 88 Venezia attendiamo fino giovedì». Nel giorno 14 Luiselli telegrafò in Anversa a Bracht e questi a Buenos-Ayres alla propria ditta, la quale rispose: «Ecco come spieghiamo vostro dispaccio, siamo d'accordo sevo bue 88 per 100 chili». Nello stesso giorno la fabbrica della Mira telegrafò in Anversa a Bracht: «Preghiamo annullare ordine passato Luiselli»; e nel 15 ebbe da Anversa la risposta telegrafica: «Siamo spiacenti ordine eseguito». Kassationsgericht Florenz, 16. April 1895, Ditta Bracht e C. c. Fabbrica candele steariche di Mira, in E. Vidari, L. Bolaffio, Annuario critico della giurisprudenza commerciale, 1893-1894, Verona, 1896, S. 321 ff.

immer der Grund dafür sein mag, die Patrimonialsphäre der anderen Partei gestört hat, die sich auf den Vertragsschluss verlassen hatte²⁰⁰⁻²⁰¹:

„Con questa sanzione [...] il legislatore volle frenata la mutabilità pericolosa delle offerte contrattuali; temperato l'egoismo del proponente conciliandolo con l'interesse del destinatario; affidati i destinatari, già aderenti, nelle pratiche che compiono per l'esecuzione sollecita dell'affare. Così si coopera a creare un ambiente di fiducia nei rapporti per corrispondenza, e cioè nei rapporti più importanti del commercio“²⁰².

Für die Gewährung der Entschädigung müssen drei Voraussetzungen erfüllt werden: (i) der Vertrag darf nicht abgeschlossen sein; (ii) die Partei, an die der Widerruf zu richten ist, muss in gutem Glauben gehandelt haben, d.h. sie muss den Vertrag verschulden-sunabhängig für abgeschlossen halten; (iii) die Partei, an die der Widerruf zu richten ist, hat mit der Erfüllung des Vertrags bereits begonnen und dadurch sind für diese Partei Kosten oder Schäden entstanden. Die Entschädigung beschränkt sich auf die Verluste, die der nicht abgeschlossene Vertrag verursacht hat und erstreckt sich nicht auf den Gewinn, der durch den Vertragsschluss hätte erzielt werden können²⁰³.

²⁰⁰ „Esemplifichiamo. La lettera contenente la proposta di un commerciante di Milano è giunta al commerciante di Bologna, cui era rivolta, il 1° marzo; il 2 successivo costui l'accetta; e la lettera di accettazione perviene al commerciante milanese il 3 mattina. Senonché il 2 marzo o il commerciante di Milano, proponente, o quello di Bologna, accettante, si pente, e spedisce nello stesso giorno una lettera con cui revoca la proposta oppure l'accettazione. La revocazione annullando la dichiarazione precedente rende impossibile la perfezione del contratto anche se la notizia del pentimento giunge all'altra parte dopo la mattina del 3 marzo, e cioè dopo che il commerciante di Milano ha ricevuta la notizia dell'accettazione. Il proponente, che ha ricevuto la notizia dell'accettazione ed ignora che fu revocata, si mette in grado di eseguire il contratto. Senonché, quando ne ha impresa la esecuzione, riceve la notizia del pentimento. L'accettante-rivocante è immune da responsabilità? Vincolato al contratto non è, perché con la revocazione tempestiva ne ha impedita la perfezione. Ma responsabile dei danni cagionati al proponente è, perché costui poteva in buona fede ritenere perfezionato il contratto in seguito alla notizia avuta dell'accettazione". L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 108-109.

²⁰¹ „I danni che il revocante è tenuto a risarcire in forza dell'ultimo capoverso del citato art. 36 non sono quelli derivanti all'altra parte dal lucro cessante per l'inadempienza del contratto che non si è perfezionato, ma consistono nelle spese sostenute per la intrapresa esecuzione del contratto che abbia avuto luogo prima che la revoca sia giunta a notizia della parte antedetta". P. Pisticci, 31. Oktober 1891, Padula c. Aielo, in Il Foro Italiano, 1892, S. 286.

²⁰² L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 110-111.

²⁰³ „Quale sarà l'entità dell'indennizzo dovuto, nel caso in esame, all'accettante? Non già quanto avrebbe potuto ritrarre ove il contratto avesse avuto luogo: non dunque l'equivalente del contratto, bensì ciò che avrebbe avuto se la proposta non avesse suscitato in lui la fiducia del contratto: l'indennizzo, adunque, pel mancato contratto. Quindi, tutte le spese incontrate per mettersi in grado di eseguirlo (pigione di magazzino; noleggio di bastimenti, provvigioni a mediatori; telegrammi ecc.); inoltre le perdite subite, se compratore, pel rifiuto di offerte vantaggiose pervenute dopo la proposta da lui accettata; e, se venditore, per aver respinte altre occasioni favorevoli di vendita o di locazione. Questo indennizzo fu, con frase efficacissima, qualificato da un illustre romanista tedesco [Jhering]: das negative Vertragsinteresse – il danno subito per la inesistenza (o annullamento) del contratto, su cui si faceva e si poteva fare assegnamento – per distinguerlo dall'indennizzo dovuto in caso di inesecuzione del contratto – das Erfüllungsinteresse – cioè il profitto che si sarebbe ricavato dall'esecuzione del contratto. Noi diciamo concisamente: il risarcimento pel mancato contratto". L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil

Der letzte Absatz von Artikel 36 lautet: „Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte”. Bei einseitigen Verträgen ist der Antrag daher unwiderruflich, auch wenn der Vertragsschluss nach der allgemeinen Regel beim Übereinstimmen des Willens der Vertragsparteien erfolgt²⁰⁴. Mit dieser Bindung will der Gesetzgeber den Antragssteller nicht bestrafen, sondern das Vertrauen der Gegenpartei schützen.

b. Das deutsche System und die Gründe für die italienische Abweichung vom deutschen Recht

Obwohl die Artikel 36 und 37 des italienischen Codice di Commercio mit den Artikeln 318 bis 323 ADHGB irgendwie vergleichbar sind, ist das vom italienischen Gesetzgeber gewählte System mit dem deutschen System unvereinbar. In der Wahl der Regelung über den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen fand sich der italienische Gesetzgeber zwei Systemen gegenüber: dem deutschen System und dem französischen System. Nach zahlreichen Diskussionen und trotz einiger gegensätzlicher Meinungen²⁰⁵ nahm der italienische Gesetzgeber das französische System an. Das deutsche System wurde

2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 111.

²⁰⁴ „Le promesse unilaterali tra commercianti sono obbligatorie appena giungono a notizia della parte cui sono fatte, e senza bisogno di una formale accettazione”. Kassationsgericht Turin, 2. Juni 1885, Banca di Milano c. Cole, in Il Foro Italiano, 1885, S. 762. „La promessa unilaterale non vincola il promittente prima dell'accettazione”. Gericht Lucera, 29. August 1885, Morra c. Chiomenti, in Il Foro Italiano, 1885, S. 762. „Nelle obbligazioni unilaterali tra persone lontane l'obbligazione si rende perfetta appena la promessa arriva a notizia della parte cui è fatta”. Kassationsgericht Palermo, 26. Mai 1914, Napoli c. Tumimello, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 94. „Chi dichiara con atto unilaterale, come una lettera, di accettare il prezzo stabilito aggiungendo però riserve e condizioni, non si può intendere vincolato all'acquisto in modo irrevocabile: se le riserve e condizioni suddette dimostrano il proposito di rimanere libero nelle determinazioni definitive, è lecito il rifiuto successivo di addivenire all'acquisto”. Berufungsgericht Turin, 8. Mai 1914, Lanza c. Moutu, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 94.

²⁰⁵ „[...] dopo aver esaminata minutamente ed accuratamente la natura intima delle relazioni commerciali, e la condizioni rispettiva delle parti fra le quali viene fatta una proposta di convenzione, che può essere accettata o rifiutata dall'altra, espone i due diversi sistemi, coi quali può regolarsi la conclusione delle convenzioni fra assenti, e preferisce quello adottato dal Codice germanico, secondo il quale la convenzione si reputa perfetta, quando quegli a cui è fatta la proposta, abbia consegnato la sua accettazione per essere spedita”. Osservazioni della Camera di Commercio di Trapani, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 45.

„Ad ogni passo sulle varie questioni si palesarono, dall'una e dall'altra parte gagliardamente sostenute, opinioni diametralmente opposte. Ad esempio, nella questione concernente il luogo e il tempo in cui si perfeziona un contratto fra persone lontane, la risoluzione accolta nel nuovo Codice ha contro di sé nientemeno che l'immensa autorità di Casaregis e quella della legislazione germanica e due dei più validi interpreti dello stesso diritto francese, Marcadé e Démolombe. Contro la risoluzione accolta si potrebbero suscitare obiezioni infinite, e lo sono state, ma sarebbe preferibile per questo adottare una soluzione opposta? In materia di legislazione il campo dei perfezionamenti è indefinito. Ma sussistessero pure alcune contraddizioni ed incongruenze, qual è il codice che ne sia privo?”. Discussione della Camera dei Deputati, Tornata del 30 gennaio 1882, Presidenza del Presidente Farini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 798-799.

nicht angenommen, weil es ein mit den Bedürfnissen des italienischen Handels unvereinbares System darstellte:

„Abbondano nella letteratura italiana le vecchie e nuove polemiche, d'indole legislativa più che giuridica, sul sistema preferibile per regolare la perfezione dei contratti; vi abbondano anche gli studi frammentari e minuti, che trattano a spizzico di questa o di quella questione, lasciandosi spesso fuorviare da influenze germaniche incompatibili col nostro sistema legislativo”²⁰⁶.

Die Analyse des deutschen Beispiels ist jedenfalls wichtig, um die Gründe der italienischen Wahl richtig verstehen zu können. Der folgende Paragraph aa. ist der Analyse der Artikel 318-323 ADHGB über die Abschließung der Handelsgeschäfte gewidmet. Auf der Grundlage des im nächsten Paragraph dargestellten Systems werde ich mich im darauffolgenden Paragraph 2.2.2 damit befassen, einige der Hauptgründe für die italienische Abweichung vom deutschen Recht zu untersuchen.

aa. Artikel 318-323 ADHGB

Die Art. 318-323 ADHGB besagen, dass für den Vertragsschluss jener Ort und jener Zeitraum relevant sind, an denen die Vertragsannahme an den Antragsteller gesendet, oder besser, zum Zwecke des Versandes abgegeben wird. Diese Artikel sind im dritten Abschnitt („Abschließung der Handelsgeschäfte“) des Ersten Titels („Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen“) des Vierten Buches („Von den Handelsgeschäften“) des ADHGB enthalten.

Artikel 318:

„Über einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschließung eines Handelsgeschäfts muß die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist“.

Artikel 319:

„Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei. Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat“.

Artikel 320:

„Geht der Widerruf eines Antrages dem anderen Theile früher als der Antrag, oder zu gleicher Zeit mit demselben zu, so ist der Antrag für nicht ge-

²⁰⁶ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand, S. 7.

schehen zu erachten. Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist“.

Artikel 321:

„Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme Behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages“.

Artikel 322:

„Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrages verbunden mit einem neuen Antrage“.

Artikel 323:

„Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrages gilt. Auch wenn derselbe den Auftrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrage etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist, und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren. Das Handelsgericht kann auf seinen Antrag verordnen, daß das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten so lange niedergelegt wird, bis der Eigenthümer anderweitige Vorkehrung trifft“.

Wie man sehen kann, sieht das deutsche System auch eine Regelung für den Vertragsabschluss zwischen Anwesenden vor. Artikel 318 ADHGB setzt dazu voraus, dass im Falle eines Vertrages zwischen Anwesenden die Erklärung für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts sofort gemacht werden muss. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Parteien „sich in solcher körperlichen Nähe befinden, dass die von Person zu Person verhandeln können“²⁰⁷. Die Antwort auf den Vorschlag muss sofort gegeben werden:

„Das Gesetz fingirt nicht, wie bei Verhandlung unter Abwesenden, dass eine Frist der einen oder andern Art gegeben sei. [...] Wenn Schliemann dem Oblaten diejenige Frist gewähren will, welche die Natur des angetragenen Geschäfts zur Überlegung verlangt, so muss ich dies an sich für eine nicht richtige Interpretation des Worts sogleich ansehen [...] so lange zwischen Offerent und Oblat das Gespräch sich um das angetragene Geschäft dreht, der Antrag als fortwähren wiederholt und [...] bei einer Wiederaufnahme des Gesprächs als von Neuem gestellt gilt“²⁰⁸.

Darüber hinaus kann der Antragsteller ausdrücklich oder stillschweigend eine Annahmefrist für den Empfänger festlegen: in diesem Fall gelten die Regeln für den Ver-

²⁰⁷ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 142.

²⁰⁸ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 143.

tragsschluss zwischen entfernten Personen²⁰⁹. Das Angebot und die Annahme können mündlich, schriftlich oder durch Zeichen erfolgen, ohne dass in Folge letzterer Verhandlungsart die Parteien als Abwesende anzusehen sind²¹⁰.

Artikel 319 ff. ADHGB regeln den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen.

Zunächst ist zu betonen, dass sowohl die deutsche als auch die italienische Lehre die körperliche Entfernung zwischen den Parteien als Abwesenheit bezeichnet:

„Unter Abwesenden. Darunter sind diejenigen zu verstehen, welche wegen der körperlichen Entfernung, in welcher sie sich von einander befinden, durch Briefe, Boten (Mäkler), Telegraph mit einander verkehren. Als Abwesende können die Bewohner derselben Stadt, ja desselben Hauses erscheinen. Das Verhandeln durch Briefe, Boten u. s. w. allein genügt nicht, denn in dieser Weise kann auch unter Personen verhandelt werden, welche sich in solcher körperlichen Nähe befinden, dass sie mit einander sprechen können“²¹¹.

Wie das italienische Gesetz, sieht auch das deutsche Handelsgesetz vor, dass es zum Vertragsschluss kommt, wenn sich der Wille des Antragstellers und der Wille des Empfängers treffen. Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist jedoch unterschiedlich: Das deutsche System, das in Artikel 319 und Artikel 321 ADHGB festgelegt ist, nimmt die Sendungstheorie an, nach der der Vertrag als abgeschlossen angesehen wird, sobald die Antwort des Empfängers zum Zwecke der Absendung abgegeben worden ist. In der Tat spricht Artikel 319 von der „Absendung der Antwort“ und Artikel 321 lautet: „[...] gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages“. Die Absendung wird z.B. abgegeben, wenn der Brief in den Briefkasten geworfen oder ein Dokument mit dem Inhalt der zu befördernden Depesche dem Telegraphenbeamten übergeben worden ist (und die Zahlung erfolgt ist). Hahn drückt das Konzept mit folgender Aussage klar aus:

„Als behufs der Absendung abgegeben kann die Erklärung nur erscheinen, wenn der Acceptant Alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Uebermittlung seiner Erklärung an den Offerenten erforderlich war. Es muss gar nichts mehr zu thun sein, als zu übermitteln und zu dieser Uebemittelung muss

²⁰⁹ „Auch dem anwesenden Oblaten kann der Offerent eine Annahmefrist setzen, und zwar kann dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Welche Bedeutung diese Fristsetzung hat, ob nur, dass die Offerte während derselben in der Art perpetuirt ist, dass sie, wenn nicht widerrufen, bis zum Ablauf der Frist jederzeit angenommen werden kann, oder dass während dieser Zeit der Widerruf unwirksam ist, ist im einzelnen Fall zu untersuchen. [...] Gewährt der Offerent eine Wartefrist, so kommen die meisten Bestimmungen der folgenden Artikel analog bezüglich direct zur Anwendung, insbesondere wenn einer der beiden Theile währen der Wartefrist sich von dem Orte, wo der Antrag erfolgt ist, hinweg begiebt“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 143-144.

²¹⁰ „Diese Verhandlungsart kann gewählt sein wegen Taubheit eines Theils, oder damit anwesende Dritte nicht Kenntniss von den Verhandlungen erhalten, oder um sich Beweismittel zu verschaffen u. s. w.“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 142.

²¹¹ F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 146.

*schon die erste Handlung vorgenommen und bez. Ordre hinsichtlich der weiteren Handlungen erteilt sein*²¹².

Bezüglich der Annahmefrist bleibt der Antragsteller gemäß dem Wortlaut des Artikels 319 an seinen Vorschlag gebunden, bis zum Zeitpunkt, an dem der Empfang der Annahme erwartet werden kann, wenn die Annahme ordnungsmäßig und rechtzeitig versendet wurde²¹³. Nach Ablauf dieser Frist kann der Antragsteller seinen Antrag zurückziehen. Diese letzte Bestimmung wurde von den Italienern kritisiert, weil sie sie gegenüber den anderen Bestimmungen über den Vertragsschluss als widersprüchlich ansahen. Da es sich nach der deutschen Vertragsschlussregel, bereits zum Zeitpunkt des Versands (oder vielmehr der Lieferung zum Versand) um einen geschlossenen Vertrag handelt, sollte der Antragsteller an den bestehenden Vertrag gebunden sein, ohne eine zeitliche Begrenzung für den möglichen Widerruf des Vorschlags. In der Tat sind die Bestimmungen, auch wenn dies in Artikel 319 nicht ausdrücklich erwähnt wird, folgendermaßen auszulegen:

„die Möglichkeit, den Willen durch einseitige Erklärung einer anderen Person gegenüber zu binden, ist insofern rechtlich anerkannt, als, wenn der Offerent erklärt, dass er während einer bestimmten Zeit an die Offerte gebunden sein wolle, und währen dieser Zeit die Annahme an ihn gelangt, der offerirte Vertrag auch dann zu Stande gekommen ist, wenn der Offerent vorher widerrufen hatte“²¹⁴.

Deshalb ist mit jedem Angebot die Erklärung verbunden, dass der Antragsteller bis zu jenem Zeitpunkt an das Angebot gebunden bleibt, an dem er frühestens eine Antwort erwarten darf. Es handelt sich hierbei um eine rechtswirksame Fiktion.

Wie nach dem italienischen Gesetz, kann auch nach dem ADHGB die Vertragsannahme stillschweigend erfolgen:

„Sehr häufig wird aber eine Antwort überhaupt nicht erwartet, oder doch nicht eine solche, welche die Annahmeerklärung selbst enthält, sondern nur einige Anzeige von der erfolgten Annahme. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Offerent sofortige Ausführung des offerirten Vertrags verlangt, oder dies Verlangen als gestellt angenommen werden muss. Hier ist die Offerte so aufzufassen, als erkläre der Offerent, die Annahme solle durch die

²¹² F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 159.

²¹³ Rechtszeitig bedeutet nicht unmittelbar nach Empfang des Antrags, sondern ohne Verzögerung nach Empfang des Antrags. Welches Korrespondenzmittel als das geeignete erscheint, ist nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden. „Abgesehen von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ordre des Offerenten ist bei der Wahl des entsprechenden Correnspondenzmittels insbesondere der grössere oder geringere Grad des Interesse des Offerenten an schleunigem Empfang der Antwort ins Auge zu fassen“. Zu berücksichtigen ist insbesondere die übliche Geschäftszeit. Nicht zu berücksichtigen sind jedoch besondere Umstände, welche die Möglichkeit der Entschließung des Empfängers im einzelnen Fall verzögern. F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 146 ff.

²¹⁴ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 144-145.

*Erfüllung oder den Beginn der Erfüllung erfolgen, und diese Erklärung bindet den Offerenten*²¹⁵.

Das oben beschriebene System wird durch die anderen Artikel des Gesetzbuches ergänzt, die sich auf das Thema des Vertragsschlusses beziehen: der Widerruf des Antrages und der Annahme (Artikel 320), die als neuer Antrag geltende bedingte Annahme (Artikel 322) und der Vertragsschluss zwischen Parteien, zwischen denen es eine Geschäftsverbindung gibt (Artikel 323).

Der Artikel 320 sieht vor, dass der Antrag und die Annahme vor oder gleichzeitig²¹⁶ mit dem Eintreffen der widerrufenen Erklärung bei der Gegenpartei zurückgenommen werden. Artikel 320 sieht außerdem Folgendes vor: „Die den Abschluss eines Vertrags betreffende Erklärung einer Partei hat rechtliche Wirkung in dem Augenblick, in welchem sie bei dem anderen Theil ankommt“²¹⁷. Dazu reicht die Ankunft der Kommunikation bei der Gegenpartei aus. Die Kenntnis des Inhalts dieser Kommunikation ist an sich nicht von Bedeutung. Dagegen ist der Widerruf nach italienischem Recht wirksam, wenn er vor Vertragsschluss erfolgt. Im Falle der sofortigen Annahme wird die Möglichkeit des Widerrufs nicht von dem Beginn der Erfüllung ausgeschlossen:

*„In diesem Fall kann ja die vom Acceptant vorgenommene Handlung nicht die Bedeutung der Annahme haben, sondern lediglich die einer eventuellen Erfüllung. [...] Der Offerent nimmt die eventuelle Erfüllungshandlung auf seine Gefahr vor. [...] Der Offerent kann sich gegen die Speculation dadurch sichern, dass er sofortige Annahme durch das schnellste dem Oblanten zu Gebot stehende Communicationsmittel [...] verlangt, oder eine mit Bezug auf den Gebrauch dieses Mittels berechnete kurze Wartefrist festsetzt“*²¹⁸.

Artikel 322 ADHGB entspricht dem Artikel 37 des Codice di Commercio von 1882, denn auch in diesem Fall tauschen die Vertragsparteien ihre anfänglichen Rollen: der ursprüngliche Empfänger wird der neue Antragsteller²¹⁹. Auch hier sind unter „Bedingungen“ die Modifikationen des Antrages zu verstehen²²⁰.

Der Artikel 323 ADHGB enthält eine Bestimmung, die in den italienischen Rechtsvorschriften nicht enthalten ist. Es handelt sich um die Regelung der Verträge, die im

²¹⁵ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 152-153.

²¹⁶ „Kann nicht bewiesen werden, dass die eine Erklärung vor der anderen eingetroffen ist, so ist Gleichzeitigkeit des Eintreffens anzunehmen“. F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 156.

²¹⁷ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 154.

²¹⁸ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 156.

²¹⁹ „Bei Verhandlungen über Verträge wechselt daher regelmässig die Rolle des Offerenten mit jeder Erklärung, welche nicht eine pure Annahme oder Ablehnung der letzten Offerte enthält“. F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 160.

²²⁰ „Der Artikel kann sich nur auf die Beifügung solcher Bedingungen und Einschränkungen beziehen, durch welche die Erklärung als eine Offerte erscheinen kann. Unter Bedingungen können also nicht von dem Inhalt des abzuschliessenden Vertrags unabhängige Thatsachen gemeint sein, sondern Modificationen der Offerte selbst“. F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 160.

Rahmen der Geschäftsverbindungen²²¹ abgeschlossen werden. In diesem Fall muss die Annahme unverzüglich mitgeteilt werden, ansonsten greift der Mechanismus der stillschweigenden Zustimmung. In jedem Fall haftet der Empfänger unter bestimmten Voraussetzungen für die Waren und andere Gegenstände, die ihm vom Antragsteller zugesandt werden, und muss diesen für eventuelle Schäden entschädigen, auch wenn er das Angebot ablehnt.

bb. Die Gründe für die italienische Abweichung vom deutschen Recht

Der vorherige Paragraph zeigt, wie sich das deutsche System – abgesehen von Artikel 322 ADHGB, der dem Artikel 37 des Codice di Commercio von 1882 entspricht – wesentlich vom italienischen System unterscheidet. In der Tat sind abgesehen davon, dass der Vertragsschluss für beide Systeme eine Willensübereinstimmung der Parteien voraussetzt, die Regeln über die Willensübereinstimmung und die anderen Vorschriften über den Vertrag zwischen entfernten Personen in Italien und Deutschland im späten neunzehnten Jahrhunderts unterschiedlich.

Man fragt sich, warum der italienische Gesetzgeber in diesem Fall vom deutschen Modell abgewichen ist, obwohl er es in anderen Gebieten zum Vorbild für die eigenen Normen genommen hat. Warum wurde die Sendungstheorie vom italienischen Gesetzgeber nicht angenommen?

Es waren vor allem theoretische Gründe, die zur Übernahme des Kenntnissystems in Italien führten. Insbesondere kritisierte Mancini die Theorie von Savigny, nach der sich der Antragsteller infolge des Absendens des Briefes entweder selbst oder durch einen Vertreter auf die andere Partei übertragen sieht. Mancini behauptete, dass es nicht so weit gehen kann, dass der unbeseelte und unintelligente Brief, zum Zwecke des Erhalts und der Kenntnis der Vertragsannahme, als autorisierter Vertreter einer Vertragspartei fungiert:

„L'argomento desunto dal concetto che la lettera spedita sia di proprietà di quello al quale è diretta trova una critica perché non potrà mai giungersi alla conseguenza che se ne debba presumere noto il tenore al destinatario fin dal momento della spedizione, e che quindi la spedizione ignorata da lui possa avergli ingenerato la cognizione del concorso delle due volontà e la coscienza di essere obbligato”²²².

Außer dem eben genannten theoretischen Grund, gab es zwei weitere, praktische Gründe für die Abweichung des italienischen Gesetzgebers vom deutschen System: (i) die Nachteile, die die italienische Lehre im deutschen System erkannte; (ii) die unterschiedliche Effizienz der italienischen und der deutschen Kommunikationsmittel.

²²¹ „Geschäftsverbindung. Ob eine solche besteht, ist questio facti. Die Geschäftsverbindung braucht sich nicht auf Geschäfte der Art, wie das offerirte ist, zu beziehen“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 162.

²²² S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 254 ff.

Bezüglich des ersten Grundes, erkannte die italienische Lehre die folgenden Nachteile im deutschen System²²³: (i) widersprüchliche Bestimmungen²²⁴; (ii) keine Lösung für eventuelle Probleme wie z.B. der Tod des Boten, der Verlust bzw. die Zerstörung des Briefes²²⁵; (iii) keine Bestimmung über den Ort des Vertragsschlusses²²⁶; (iv) insgesamt, eine Ungleichheit der Parteien.

Was den zweiten Grund anbelangt, ist festzuhalten, dass Italien und Deutschland zwar sehr ähnliche Geschäftspraktiken hatten, allerdings war die Funktionsweise der Kommunikationsmittel in den beiden Ländern sehr unterschiedlich. Während die Kommunikationsmittel in Italien historisch immer eher unzuverlässig gewesen sind²²⁷, waren die deutschen Kommunikationsdienste immer sehr effizient. Dieser Unterschied war unter anderem ein Grund für die großen Abweichungen in der Regelung des Vertragsschlusses. Deshalb wurde die Sendungstheorie nur in Deutschland und nicht in Italien angenommen. Die vom deutschen System übernommene Sendungstheorie setzt ein effizientes Funktionieren der Kommunikationsmittel voraus, da der Vertragsschluss ansonsten gefährdet wäre. Folgendes praktisches Beispiel verdeutlicht, was bis jetzt über die Post geschildert wurde: Im Gegensatz zur Geschichte der italienischen Post²²⁸, ist die Ge-

²²³ Vgl. Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64-80.

²²⁴ Das deutsche System, z. B., während es den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorwegnimmt, sieht gleichzeitig vor, dass das Akzept widerrufbar ist, von dem Moment an, in dem es den Antragsteller erreicht: „Che giova alla legge tedesca di riportare la perfezione del contratto a un momento anteriore, mentre secondo essa l'accettazione non è irrevocabile che dal momento in cui è giunta nelle mani del proponente?“. Munzinger, *Motifs du Projet de Code de Commerce Suisse*, zit. in Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 64-80.

²²⁵ „La legge germanica prende in considerazione non già il momento della spedizione o dell'invio della risposta, ma quello della consegna di essa a tale scopo. Basterà quindi che lo scritto sia stato consegnato al messo incaricato di rimetterlo alla posta e quali saranno gli effetti di un caso di morte del messo, della dispersione o della distruzione della lettera?“. S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 254 ff.

²²⁶ „La disposizione della legge germanica non prevede nulla intorno al luogo della conclusione del contratto: se per esempio un negoziante di Lione o di Marsiglia riceve una proposta di contratto al momento in cui sta per partire alla volta di Ginevra, e la di lui risposta è consegnata alla posta in quest'ultimo luogo, dove sarà concluso il contratto?“. S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 254 ff.

²²⁷ Es sollte jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Einführung der zertifizierten E-Mail (die sog. „PEC“) in Italien eine sehr wichtige Neuerung im italienischen Kommunikationssystem darstellt. Es handelt sich dabei um eine besondere Art von E-Mail, die es ermöglicht, einer E-Mail die gleiche rechtliche Bedeutung wie einem traditionellen Einschreibebrief mit Rückschein zuzumessen. Die PEC ermöglicht eine Beschleunigung der Kommunikationszeiten und garantiert den Versand und die Zustellung der Nachricht.

²²⁸ Im 19. Jahrhundert war Italien in mehrere Staaten zersplittert und jeder hatte ein anderes Postsystem mit unterschiedlicher Organisation und unterschiedlichen Tarifen, so dass das Land fragmentiert und desorganisiert erschien. Das Frankiersystem mit Briefmarken wurde innerhalb eines Jahrzehnts und mit einer Verspätung gegenüber dem Ausland in verschiedenen Ländern zu verschiedenen Zeiten eingeführt. Nach der italienischen Vereinigung entstanden die „Poste del Regno d'Italia“. Sie hatten eine Organisation, die der des Königreichs Sardinien entlehnt war: in den ersten Jahren der Vereinigung wurde der Briefwechsel manchmal sowohl mit piemontesischen Marken als auch mit denen des besetzten Gebietes frankiert. Um Briefe ins Ausland zu schicken, war es notwendig, die „via“ (z.B. „via Francia“, „via Trieste“) zu wählen und je nach Zielort einen Tarif zu bezahlen. Für jedes Ziel gab es verschiedene „via“ mit

schichte der bayrischen Post von Thurn und Taxis beispielhaft für die gute Arbeit eines Kommunikationsmittels und für die Zuverlässigkeit eines Postdienstes. Der Name der Familie Tasso steht seit jeher für Geschwindigkeit und Pünktlichkeit. Alle Angestellten der Post und alle Kuriere wurden, als Zeichen für die Wichtigkeit und die Sensibilität ihres Auftrags, mit großer Feierlichkeit ernannt (vgl. folgendes Par. 2.2.2.1). Das Beispiel des Postdienstes erscheint angemessen, weil die Post, heute wie in der Vergangenheit, das meist verwendete Kommunikationsmittel ist. Ein effizienter Postdienst kann daher enorm zum Wachstum der Wirtschaft eines Landes beitragen²²⁹.

[1]. *Eine Glosse: Zur Geschichte der Post in Bayern*

Der Name des Adelsgeschlechts Thurn und Taxis ist eng mit der Postgeschichte in Europa verbunden²³⁰. Die aus Cornello bei Bergamo in Norditalien stammende Familie baute seit dem 15. Jahrhundert im Auftrag des Kaisers das Postwesen auf. Über dreihundertfünfzig Jahre lang bestimmten die Thurn und Taxis das Postwesen Mittel – und Westeuropas.

Was Bayern betrifft, schlossen am 13. Februar 1664, also vor nunmehr fast dreihundertfünfzig Jahren, Kurfürst Ferdinand Maria von Bayern (1651-1679), Sohn und Nachfolger des Herzogs und nachmaligen Kurfürsten Maximilian I. (1598-1651), und Graf Lamoral Claudius Franz von Thurn und Taxis (1628-1676) in Regensburg ein Übereinkommen auf Einrichtung eines taxisschen Reichspostamtes in München mit Postkursen nach Augsburg, Regensburg, Innsbruck und Salzburg²³¹. Diese Übereinkunft wird

unterschiedlichen Tarifen. Nach dem Vorbild der ausgezeichneten deutschen Organisation wurde 1874 der Allgemeine Postverband (später der Weltpostverein) gegründet, mit dem all die genannten Unterschiede beseitigt und ein einheitlicher Tarif angenommen wurde. Außerdem wurden die Beziehungen zwischen den einzelnen Postagenturen klarer definiert. Zu diesem Thema vgl.: A. Leggio, *Nel tempo e nello spazio; storia illustrata della Posta e della Telecomunicazione. Poste Italiane*, 1996; Verschiedene Autoren, *Poste. Una storia italiana*. Giunti Editore, 2008; Verschiedene Autoren, *L'economia italiana tra le due guerre 1919/1939*. Comune di Roma. Ipsa, Mailand, 1984.

²²⁹ „I servizi postali hanno svolto e continueranno a svolgere un ruolo fondamentale nella società moderna. Se efficienti, sono un volano per la crescita dell'economia, se inadeguati, producono effetti negativi sia sul piano economico sia su quello sociale“. Grünbuch über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste. Europäische Kommission, 1992.

²³⁰ Vgl. Zur Geschichte der Post in Bayern. Vortrag von Peter Styra, Direktor des Fürst Thurn und Taxis Zentralarchiv-Regensburg, und Das Ende der Thurn und Taxisschen Post im 19. Jahrhundert. Vortrag von Fabian Fiederer, Fürst Thurn und Taxis Zentralarchiv-Regensburg. Akte der 1. Internationalen Konferenz „I Tasso e le poste d'Europa“, Bergamo, 1.-3. Juni 2012.

²³¹ Das Übereinkommen lautete: „Von München nach Augsburg soll eine reitende Post aufgestellt und zu solchem Ende zu München, Oberbruck und Tegernbach auf des Erbgeneralreichspostmeisters Unkosten eigene Posthalter angeordnet werden. Ein fernerer Postenlauf soll von München nach Innsbruck gehen mit Unterlegungen zu Wolfratshausen, Benediktbeuren, Walchensee und Mittenwald. Der Kurs von München nach Regensburg soll über Geisenfeld gehen, [...] eine vierte Post soll zwischen München und Wels in Österreich unterhalten werden mit Aufstellung von Posthaltern in Anzing, Haag, Ampfing, Altötting, Marktl, Braunau, Altheim und Ried; ein fünfter Postenlauf zwischen München und Salzburg [...]. Das Generalpostmeisteramt wird Sorge tragen, dass der kurfürstliche Hof die Briefe aus Wien und ganz Österreich, item von Regensburg wie auch aus den Niederlanden über Augsburg wöchentlich zweimal erhalte“. Zur Geschichte der Post in Bayern, Vortrag von Peter Styra, Direktor des Fürst Thurn und Taxis Zentralarchiv-Regensburg. Akte der 1. Internationalen Konferenz „I Tasso e le poste d'Europa“, Bergamo, 1.-3. Juni 2012, S. 167.

als Geburtsstunde der Post, im Sinne einer allgemeinen, öffentlich geschützten Verkehrseinrichtung zur regelmäßigen Beförderung von schriftlichen Nachrichten, Paketen und Personen auf festgelegten Routen mit bestimmten Poststationen und gegen Gebühren, in Bayern bezeichnet. In Vollzug der vertraglichen Abmachungen erließ der Kurfürst ein Dekret vom 15. März 1664, das besagte, dass überall dort, wo die gemeine und Ordinari-Reichspost ihre Zuständigkeit hat, das Nebenpost – und Botenwerk, welches das allgemeine Ordinari-Postwesen behinderte, verboten sei. Insbesondere die Briefbestellung der Augsburger, Regensburger, Salzburger und Nürnberger Boten sei bei scharfer Strafe verboten und sei abzustellen. Es wurde auch die Errichtung eines Postamtes in München vorgesehen. Damit wurde das Postwesen in Bayern in die Hände der taxisschen Post gelegt und die kaiserliche Reichspost im Kurfürstentum fest verankert. Die Voraussetzungen für eine leistungsfähige Post in Kurbayern und für die Errichtung des ersten Reichspostamts in der Haupt – und Residenzstadt München waren geschaffen.

Man fragt sich, warum keine unabhängige eigene bayerische Landespost eingerichtet wurde und worauf es zurückzuführen ist, dass die damalige Errichtung der Post in Kurbayern im Wege vertraglicher Abmachungen dem der landesherrlichen Gewalt nicht unterworfenen Lehensträger der kaiserlichen Reichspost, also dem Grafen von Thurn und Taxis, zugestanden und übertragen worden ist.

Schon im 16. Jahrhundert kam damit eine Tendenz auf, die den kaiserlichen und taxisschen Bestrebungen auf eine Monopolstellung ihrer Post im Reich sehr gelegen kam. Kaiser Rudolf II. ernannte den Grafen Leonhard von Taxis durch Patent vom 16. Juni 1595 zum Generaloberpostmeister des Reiches und verbot sämtliches Nebenbotenwerk sowie die Metzgerposten. Am 6. November 1597 erklärte er die Reichspost als ein „hochbefreites kaiserliches Regal“, dem kein Hindernis in den Weg gelegt werden dürfe.

Erst eine weitere kaiserliche Verordnung, die bald nach dem Westfälischen Frieden erging und die forderte, dass die taxissche Post sich ungehindert ausbreiten könne, ließ die taxissche Post als Reichspost wieder festeren Boden gewinnen. Die taxissche Post konnte sich vor allem in den Gebieten ausbreiten, die keine eigene Landespost hatten, weil sie durch die Uneinigkeiten im Reichstag nicht behindert wurde.

Bayern war zur Zeit des Kaiser Maximilians I. ein verkehrsarmes und finanzschwaches Land von überwiegend bäuerlicher Struktur und geringer wirtschaftlicher Entwicklung. Der Nachrichtenverkehr beschränkte sich im Wesentlichen auf die Korrespondenzen des herzoglichen bzw. kurfürstlichen Hofes. Zu ihrer Beförderung im Lande selbst, in die Nachbargebiete und ins Ausland genügte das herzogliche bzw. kurfürstliche Kanzlei – und Hofbotensystem. Daneben genügten Private Landboten, um das sonstige Verkehrsbedürfnis im Nachrichtenverkehr aufzufangen. München, seit 1504 die Haupt – und Residenzstadt Bayerns, stand zudem in seiner handels – und verkehrspolitischen Bedeutung erheblich hinter den Reichsstädten Augsburg, Nürnberg und Regensburg. Die Hauptverkehrs – und Haupthandelswege im Reich und vom Reich ins Ausland gingen in diesen Jahrzehnten an Bayern und München vorbei. Erst später wurde das Land verkehrsmäßig als Durchgangsland bedeutsamer und postalisch interessanter. Es er-

scheint erst um 1550 auf den Postverkehrskarten, aber auch da noch nicht als Bestandteil der taxisschen Verkehrslinien²³².

Hinzu kam, dass die bayerischen Landesherrn, die ebenso wie die anderen Reichsstände sehr auf ihre Souveränität, ihre Würde und ihr Ansehen bedacht waren, nicht nur nichts dazu taten, die taxissche Post ins Land zu holen, sondern sich ihr gegenüber eher ablehnend und abweisend verhielten, wie die verschiedenen Ansätze und sonstigen Versuche, eigene Kurier – und Landesposten einzurichten, beweisen.

Der Dreißigjährige Krieg, mit seinen starken Verheerungen, die wirtschaftlich schlechte Lage und die finanzielle Zerrüttung des Kurfürstentums Bayern ließen die kostspieligere Lösung einer unabhängigen kurfürstlichen Landespost auch in der Folgezeit nicht zu.

Als dann Kaiser Leopold I. durch Erlass vom 28. Mai 1660 alle landesherrlichen Posteinrichtungen, Privat – und Nebenposten und überhaupt jede Hemmung des Reichspostwesens bei Strafe verbot, beauftragte der Kurfürst seine Hofkammer ein eingehendes und umfassendes Gutachten wegen Regulierung des Postwesens im Kurfürstentum zu erstatten. Dies geschah nach einem Zwischenspiel, in dem im Zuge einer Trübung der kurbayerischen Beziehungen zu Österreich die Frage nach der Einrichtung einer unabhängigen eigenen Landespost unter Entfernung der taxisschen Linien aus dem bayerischen Bereich wieder einmal hochgespielt, durch die ablehnende Haltung des Kaisers und einen scharfen Protest des Grafen von Taxis aber bald wieder fallen gelassen worden war.

Obwohl die taxissche Post durch die Vereinbarung vom 13. Februar 1664 in Bayern endlich Boden gefasst hatte, blieb sie in ihrem Bestand und insbesondere in ihrem Bestreben, sich auszuweiten, fürs nächste durchaus noch nicht unangefochten.

Jedoch bereits Kurfürst Max Emanuel (1679-1726), Nachfolger des Kurfürsten Ferdinand Maria, beschloss nach seiner Heimkehr aus den Türkenkriegen, eine eigene Landespost einzurichten und seine Landeshoheitsrechte gegen die Ausbreitung der taxisschen Post geltend zu machen. Er ernannte Franz Ferdinand von und zu Haimhausen kurzerhand zum erblichen Oberpostmeister in Bayern. Zu dem Protest Kaiser Leopolds, wegen des Übergriffs in sein Reichsregal, besagte ein Gutachten des Geheimen Rats des Kurfürsten vom 5. Mai 1695, dass das Postwesen zwar ein dem Kaiser zustehendes Regal sei, dass aber hiervon die Landes – oder Territorialposten, die jeder Reichsstand in seinem Territorium errichten könne, zu unterscheiden seien. Das Reichspostwesen gehöre also zu den für den Kaiser reservierten Regalien, aber das Landespostwesen zu den landesherrlichen Regalien. Eine Wende in diesem Streit brachten der spanische Erbfolgekrieg und die Besetzung Bayerns durch österreichische Truppen von 1704 bis 1714. Ein kaiserliches Patent vom 27. Oktober 1706 erneuerte die taxisschen Privilegien und damit war die taxissche Post für die nächsten 100 Jahre in Bayern Postherr.

²³² Kurbayern bot für die taxisschen Posten, die ja zunächst nur den staatspolitischen Belangen des Hauses Habsburg dienen sollten und deren Ausweitung auf die Korrespondenzen der Reichsstände und schließlich auf die private Korrespondenz erst nach und nach erfolgte, lange Jahrzehnte hindurch als Durchgangsland keinen besonderen Anreiz auf Einbeziehung in ihr Verkehrsnetz.

Die Post der Thurn und Taxis erlebte im Laufe des 18. Jahrhundert in Bayern eine wirtschaftliche Blüte. Man wusste, dass Bayern auch weiterhin ein Auge auf die Post und vor allem auf die daraus resultierenden Einnahmen haben würde. Dennoch orientierte sich das fürstliche Haus weiterhin in erster Linie am Reich, an der Reichspolitik, am kaiserlichen Hof und an der international tätigen Post. Trotzdem fielen durch den Verlust der Gebiete links des Rheins für das Reich in Folge der napoleonischen Kriege auch die dortigen, sehr ertragreichen Posten an Frankreich. Als 1806 Kaiser Franz II. die Kaiserkrone niederlegte, lösten sich die Reichslehen in Wohlgefallen auf, darunter das taxische Reichspostlehen. Somit war der Weg für Bayern zur Verstaatlichung der Post endlich frei.

Am 10. Februar wurde mit Fürst Karl Alexander unter Druck ein Vertrag geschlossen, mit dem die Post in staatliche Regie übernommen wurde. Allerdings war man sich in München bewusst, dass jahrhundertealtes Wissen nicht von einem Tag auf den anderen ersetzt werden konnte. So überließ der König den Taxis die Post im Königreich für zwei Jahre als bayerisches Erbthronlehen und der Fürst erhielt die Würde eines königlich bayerischen Erblandpostmeisters.

1808 jedoch endete auch die lehensweise Überlassung der Post. Bayern übernahm die Post endgültig in staatliche Regie und dem Fürsten von Thurn und Taxis blieb lediglich der wohlklingende Titel des Erbgeneralpostmeisters.

Das Verdienst, in dreihundertfünfzig Jahren eine postalische Einheit gebildet und zum Aufschwung des öffentlichen Verkehrs in maßgeblicher Art und Weise beigetragen zu haben, stritt keiner der Kritiker der taxisschen Post je ab.

c. Fazit

Wie in den obigen Paragraphen geschildert, hat der italienische Gesetzgeber von 1882 bei der Verfassung der neuen Vorschriften über den Vertragsschluss zwischen entfernten Personen das entsprechende deutsche System berücksichtigt, ohne es jedoch zu übernehmen. Das lag daran, dass die Mängel in diesem System erkannt wurden und man sich für eine andere Vorschrift entschieden hat, die mit der Effizienz der italienischen Kommunikationsmittel zu diesem Zeitpunkt besser vereinbar zu sein schien.

3. Die einseitigen Handelsgeschäfte

Im Zuge der Vorarbeiten für den Codice di Commercio von 1882 wurde in einer ausführlichen und sehr intensiven internen Debatte diskutiert, welches Recht (Zivil – oder Handelsrecht) und welche Gerichtsbarkeit auf ein Rechtsgeschäft zwischen einem Kaufmann und einen Nichtkaufmann anwendbar seien. Die Frage der einseitigen Handelsgeschäfte und des anwendbaren Rechts war immer sehr heikel und steht in erster Linie in engem Zusammenhang mit der Beziehung zwischen dem Zivilrecht und dem Handelsrecht, die während des gesamten 19. Jahrhunderts kontrovers blieb (vgl. Par. 3.1). Der Gesetzgeber von 1882, der das gemischte System des Handelsgesetzbuchs von 1865 überwunden und das System des ADHGB angenommen hat, hat den Grundsatz der Ein-

zigartigkeit der Verpflichtung angenommen, nach dem das Rechtsgeschäft, das für eine Partei kaufmännisch ist, vom Gesetz insgesamt als kaufmännisch betrachtet wird. Dies „perché la unicità dell'affare lo richiede“²³³. Folglich unterliegt die zivilrechtliche Verpflichtung, die eine der Seiten des Rechtsgeschäftes darstellt, dem Handelsrecht:

*„La materia commerciale traccia la sfera di applicazione della legislazione commerciale (art. 1), estesa per ciò anche alle obbligazioni civili, avvinate alle prevalenti obbligazioni commerciali, dal nesso necessario di causalità che le determina“*²³⁴.

a. Die Beziehung zwischen Zivilrecht und Handelsrecht und die allgemeine Anwendung des Handelsrechts im Codice di Commercio von 1882

Im Codice di Commercio von 1882 hat das Handelsrecht den Charakter eines Gesetzes, das sich grundlegend vom Zivilrecht unterscheidet²³⁵. Obwohl die Gerichtsbarkeit vereinheitlicht wurde (die Handelsgerichte werden 1888 abgeschafft²³⁶), wurde das italienische Privatrecht in zwei getrennte und im Wesentlichen autonome Regulierungssysteme unterteilt: das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das die bürgerlichen Beziehungen regelte, und das System des Handelsgesetzbuches, das die Handelsgeschäfte und die Tätigkeit der Händler regelte.

Die historische Perspektive erlaubt es, die wesentlichen Merkmale des Handelsrechts aufzuzeigen, die es von anderen Teilen des Privatrechts unterscheiden, und zwar: (i) der Charakter des speziellen Rechts, das sich aus Normen zusammensetzt, die sich von denen unterscheiden, die für die Allgemeinheit der Privaten gelten und auf ihren eigenen

²³³ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 283.

²³⁴ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 286. Diesbezüglich muss man sich jedoch an die Unterscheidung zwischen dem Handelsrecht im Allgemeinen und der kaufmännischen Verpflichtung erinnern: „Si distingue in tal modo la materia commerciale dalla obbligazione commerciale: la prima traccia l'ambito generico di applicazione della legge commerciale e per ciò appunto vi sottopone anche i negozi e i fatti giuridici commerciali per una parte e civili per l'altra; mentre l'obbligazione commerciale costituisce il vincolo giuridico ad una prestazione che ha carattere commerciale per chi la deve“. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 278.

²³⁵ Dies berührt nicht das im vorstehenden Paragraph 2 beschriebene Verhältnis der Subsidiarität des Zivilrechts zum Handelsrecht.

²³⁶ In Italien waren die Handelsgerichte des 19. Jahrhunderts im Wesentlichen ein Erbe der napoleonischen Reformen und des französischen Handelsgesetzbuchs von 1807. Schon vor der Vereinigung Italiens führte dieses Erbe zu hybriden Erfahrungen, da das französische Modell mit lokalen Besonderheiten, institutionellen Traditionen und verschiedenen doktrinären Einflüssen kombiniert werden musste. Die Vielzahl der Systeme, die auftauchten, hob die Widersprüche der Quellen, Verfahren und Organisationsformen der Handelsgerichte hervor, die für das neue Königreich Italien ein reiches, aber belastendes Vermächtnis darstellten. Der Codice di Commercio von 1882 war eine deutliche Abwendung des französischen Modells, dem der italienische Gesetzgeber bisher gefolgt war, und führte einen „Countdown“ für die Handelsgerichte ein. Das Endergebnis der rechtlichen Debatte zu diesem Thema war die Abschaffung der Handelsgerichte durch das Gesetz Nr. 5174 vom 25. Januar 1888. Vgl. C. Ciancio, Mercanti in toga. I Tribunali di Commercio nel Regno d'Italia (1861-1888). Pàtron Editore, Bologna, 2012; C. Ciancio, Abolire o riformare? Procedura e giurisdizione commerciale nell'Italia postunitaria, in Rivista di storia del diritto italiano, 2010, Nr. LXXXIII, S.139-198.

und einheitlichen eingebenden Prinzipien beruhen²³⁷; und (ii) der Charakter eines internationalen Rechts, aufgrund der substanziellen Identität der rechtlichen Anforderungen des Wirtschaftslebens in allen Ländern. Das Handelsrecht, das als besonderes Recht der Händlerklasse geboren wurde, hat sich in der Folge – als ein Ausdruck der allgemeinen Veränderungen des wirtschaftlichen und politischen Systems²³⁸ – in zwei Richtungen entwickelt: (i) es verlor langsam seinen ursprünglichen Charakter des Klassenrechts, vom Zivilrecht getrennt; und (ii) sein Anwendungsbereich erweiterte sich immer mehr.

Der Codice di Commercio von 1882 unterscheidet jedoch immer noch zwischen dem Zivilrechtssystem und dem Handelsrechtssystem. Es gibt eine allgemeine Regelung der zivilrechtlichen Verpflichtungen und eine allgemeine Regelung der Handelsverpflich-

²³⁷ Handelsbeziehungen waren offensichtlich zu jeder Zeit da. Unter Juristen wird jedoch weithin davon ausgegangen, dass das römische Recht und andere Rechte der Antike kein organisches Regelwerk hatten, das durch die ausschließliche Funktion der Regulierung der kaufmännischen Tätigkeit gekennzeichnet war. Insbesondere im römischen Rechtssystem ermöglichten die breiten Befugnisse, die der praetor hatte, eine prompte rechtswissenschaftliche Anpassung des Privatrechts – ius civile und ius gentium – an die sich ändernden Verkehrsbedürfnisse und an einen riesigen und blühenden Markt wie den der römischen Epoche. Die Entstehung eines organischen Systems des Handelsrechts wird traditionell bis in das Spätmittelalter zurückverfolgt. Eine Zeit, in der das Feudalsystem auf einer reinen Subsistenzwirtschaft beruhte (die Curtiswirtschaft). Die Städte bevölkerten und organisierten sich in freien Gemeinden, die Märkte öffneten sich wieder und die Tauschwirtschaft florierte, angetrieben von der Produktion der Handwerker und dem Gewerbe der Kaufleute. Für die Verteidigung ihrer Interessen organisierten sich Handwerker und Kaufleute in der Gemeinde auf Verbandsbasis und bildeten verschiedene ständische Körperschaften von Handwerkern, die mit disziplinarischen Befugnissen über ihre Mitglieder ausgestattet waren. In diesem politischen und sozialen Kontext entstand das Handelsrecht: ein Recht, das sich den Geschäften widmet und sich vom allgemeinen Recht unterscheidet. In einem Zeitraum, der bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts reicht, wird das ius mercatorum verfasst, entwickelt und gefestigt, d.h. das professionelle Recht der Kaufleute, das sich vom ius civile unterscheidet. Es handelte sich um ein besonderes Recht, weil es seine eigenen Quellen (die Handelstatute) und seine eigenen Justizorgane hatte, die auf eigenen Regeln und Prinzipien beruhten (Leichtigkeit des Handels und Schutz des Kredits), und sich von denen des ius civile unterschieden. Es ist ein Klassenrecht als Ausdruck der Handelsklasse und ihrer körperschaftlichen Autonomie. Es handelt sich jedoch um kein Recht: „asservito agli interessi di una classe come pure frequentemente si afferma. Si riconosce infatti che la saggezza [...] dell'elaborazione del diritto commerciale e dell'opera di quanti lo applicavano giudizialmente fu quella del superamento dell'interesse di classe, attraverso la creazione di un sistema di norme intese a favorire un generale sviluppo della ricchezza e non gruppi ristretti. Il che rispondeva allora – come risponde oggi – all'interesse generale della società civile“. G. Auletta, N. Salanitro, *Diritto commerciale*, Giuffrè, Mailand, 2009, Einleitung, S. VII ff.; T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 1962, S. 3 ff.; U. Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti*, Turin, 1992; L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891.

²³⁸ Die Entstehung monarchischer Staaten auf nationaler oder regionaler Ebene im 16. Jahrhundert in Europa und die Entstehung der Interventionspolitik des Staates im Wirtschaftsleben markierten das Ende der normativen Autonomie der Handelskörperschaften. Das Handelsrecht wird zum staatlichen und nationalen Recht (die erste organische Gesetzgebung des Handelsrechts nationaler Natur ist in Frankreich mit den Ordonnances von Louis XIV über den Handel – Ordonnance sur le commerce von 1673 – und über die Marine – Ordonnance de la marine von 1681). Die kaufmännische Gerichtsbarkeit geht auf die Gerichte des Staates über, während sie sich von der zivilrechtlichen Zuständigkeit wegen der Bildung der besonderen Handelsgerichte unterscheidet. Die Handelstätigkeit wird als ein Instrument zur Steigerung der Macht des Staates und der kolonialen Expansion begriffen und unterliegt daher einer akribischen öffentlichen Disziplin, die auf die Kontrolle, den Schutz und die Stärkung des Verkehrs und die Entwicklung der entstehenden Industrie abzielt. Vgl. G. Auletta, N. Salanitro, *Diritto commerciale*, Giuffrè, Mailand, 2009, Einleitung, S. VII ff.; T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 1962, S. 3 ff.; U. Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti*, Turin, 1992; L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891.

tungen und die Hauptverträge (z.B. Verkauf und Mandat) sind in beiden Gesetzbüchern geregelt. Die Prinzipien, die beide Systeme inspirieren, sind jedoch unterschiedlich. Das System des Zivilgesetzbuches beinhaltet die Prinzipien des gemeinsamen Rechts und der römisch-rechtlichen Tradition. Es schützt das Eigentum, die Erhaltung erworbener rechtlicher Positionen und das favor für den Schuldner. Das System des Handelsgesetzbuchs greift vielmehr die Prinzipien des alten Handelsrechts auf und entwickelt sie weiter: es begünstigt den schnellen Abschluss von Verträgen und schützt den Kredit und den Verkehr von Vermögenswerten²³⁹.

Das Handelsgesetzbuch beinhaltet diese Prinzipien, verallgemeinert aber gleichzeitig seinen Anwendungsbereich: Die Bereiche des Wirtschaftslebens, die durch das Handelsrecht geregelt sind, und der Anwendungsbereich ihrer Institutionen werden verallgemeinert (es handelt sich um die sog. „commercializzazione del diritto privato“). In der Tat unterliegen dem Handelsrecht alle in Artikel 3 des Codice di Commercio aufgeführten Geschäfte (d.h. die objektiven Handelsgeschäfte), selbst wenn sie gelegentlich erfolgen und auch wenn keine der Parteien ein Kaufmann ist. Dem Handelsrecht unterliegen auch die subjektiven Handelsgeschäfte, d.h. alle Geschäfte, die ein Gewerbetreibender in Ausübung seines Betriebs durchführt (Artikel 4 des Codice di Commercio). Schließlich unterliegen dem Handelsrecht auch die einseitigen Handelsgeschäfte (Artikel 54 des Codice di Commercio), das heißt, jedes Geschäft, das auch nur für eine der Parteien von kaufmännischer Natur ist. Daher unterliegt jeder, der mit einem Kaufmann vertraglich verbunden ist, dem Handelsrecht, auch wenn er kein Kaufmann ist. Der Verkauf kann also sowohl nach dem Zivilrecht als auch nach dem Handelsrecht erfolgen. Beispielsweise unterliegen der Vorschrift über den kaufmännischen Verkauf der Betreiber, der Rohstoffe kauft, um sie umzuwandeln und weiterzuverkaufen (Artikel 3), der Kaufmann, der vom Betreiber kauft (Artikel 4) und der gewöhnliche Bürger, der vom Kaufmann für den persönlichen Gebrauch und Verbrauch kauft (Artikel 54).

Das Handelsrecht erreicht damit seine maximale Ausdehnung. Tatsächlich regelt es die meisten sozialen Beziehungen und leitet die Entwicklung des gesamten Wirtschaftszyklus. Damit steht es in vielen Angelegenheiten über dem Zivilrecht. Dies ist auf die wirtschaftlichen Veränderungen und die sich daraus ergebenden industriellen Veränderungen zurückzuführen.

²³⁹ Z. B. regelt das Handelsgesetzbuch die Bestimmung über den Abschluss des Vertrags mittels Korrespondenz (Artikel 36), der dem Zivilgesetzbuch unbekannt ist; es schafft für einige Verträge die Notwendigkeit der Schriftform unter Nichtigkeit ab (Artikel 44); der Anspruch auf gestohlene oder verlorene bewegliche Güter, der allgemein im Zivilgesetzbuch (Artikel 708) zugelassen ist, unterliegt aufgrund des Prinzips des a non domino Kaufs erheblichen Einschränkungen im Gebiet des Handelsrechts; Bei Handelsverpflichtungen ist die gerichtliche Gewährung eines Zahlungsaufschubs an den Schuldner nicht zulässig (Artikel 42), während sie für zivilrechtliche Verpflichtungen sehr wohl zulässig ist (Artikel 1165 des Codice civile); der Zinssatz für Handelsverpflichtungen ist höher als für zivile Verpflichtungen und der Zeitpunkt der Zinsen ist nicht von der Aufforderungsschreiben abhängig (Artikel 41); es wird angenommen, dass mehr Schuldner gesamtschuldnerisch haften, wenn die Verpflichtung kaufmännischer Natur ist (Artikel 40), nicht aber, wenn die Verpflichtung zivilrechtlicher Natur ist (Artikel 1188 des Codice civile).

Die Verbreitung des Handelsrechts in den Beziehungen zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann hat lebhaft Kritik hervorgerufen. Dem Handelsgesetzbuch wurde vorgeworfen, ein Klassenrecht zu sein, das die Interessen der Kaufmänner und vor allem des großen Handels zum Schaden der Interessen aller anderen Klassen begünstigte. Insbesondere um die Interessen der Verbraucher war man besorgt, weil

„chiunque contratta con un commerciante deve subire la legge commerciale, e quindi ogni affare che fate per nutrirvi, per vestirvi, per viaggiare, per assicurarvi, per depositare i vostri risparmi, per recarvi a teatro, per comprarvi un libro, è soggetto al codice di commercio”²⁴⁰.

Die Kritiker gingen soweit, dass sie sich für die Überwindung der Zweiteilung zwischen dem Zivilgesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch durch die Unterdrückung des Letzteren einsetzten. Dies geschah erst mit der Erlassung des Codice civile von 1942, das den Prozess der commercializzazione del diritto privato abschloss, während das Handelsrecht einen besonderen Charakter in Bezug auf das Zivilrecht erhielt²⁴¹⁻²⁴²⁻²⁴³. Das Ergebnis war ein System gemeinsamer Regeln, die von den Grundprinzipien des ursprünglichen Handelsrechts inspiriert waren. Diese wurden am geeignetsten erachtet, um den

²⁴⁰ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band I, Mailand, 1922, S. 15.

²⁴¹ Die Arbeiten zur Reform der Gesetzbücher, die nach dem Ersten Weltkrieg begannen, wurden bis 1940 zwei unterschiedliche Reformprojekte, und nur in der Koordinierung der beiden Gesetzestexte kam die Idee der Abschaffung des Handelsgesetzbuchs (Progetto Asquini von 1940) zur Sprache. Man wollte es unter dem Titel „Del lavoro“ in das Bürgerliche Gesetzbuch integrieren. Die Entscheidung wurde im Wesentlichen aus ideologischen Gründen getroffen, da die Unterscheidung zwischen Zivilrecht und Handelsrecht mit der Gesellschaftsform und dem Wirtschaftssystem des faschistischen Regimes für unvereinbar gehalten wurde. Tatsächlich zielte der Faschismus darauf ab, soziale Konflikte durch die Verherrlichung der Arbeit in all ihren Erscheinungsformen zu überwinden. Der Entwurf des Handelsgesetzbuchs wurde daher schnell abgebaut und seine Regeln wurden – mit einigen Verbindungen – in den Codice civile von 1942 übertragen. Vgl. A. Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del diritto Commerciale, 1943, Band I, S. 1 ff.; F. Vassalli, Motivi e caratteri della codificazione civile, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1947, S. 76 ff. Ein anderer Teil der Lehre nannte die Vereinheitlichung des Schuldrechts als den wahren Grund für die Vereinheitlichung der Gesetzestexte in. Dies machte die Erhaltung zweier Gesetzbücher überflüssig und widersprüchlich. Vgl. F. Ferrara-F. Corsi, Gli imprenditori e le società, Giuffrè, Mailand, 1992, S. 15 ff.

²⁴² Eine wesentliche Änderung des Codice civile von 1942 ist die Vereinigung des Schuld – und Vertragsrechts. Diese Vereinigung fand unter dem Zeichen des Handelsrechts statt und machte die Prinzipien und Regeln, die im dualistischen System die Vorschriften über die Handelsgeschäfte und – verpflichtungen charakterisierten, zum allgemeinen Recht.

²⁴³ „Animava gli studi giuridici, in quell'epoca e specie nei primi decenni del ventesimo secolo, una riflessione profonda sul valore e sull'opportunità di una distinzione tra due codici e tra due diritti. [...] L'unificazione dei codici non rappresentò [...] un'operazione di semplice maquillage, una semplice concentrazione entro un solo testo normativo [...] di istituti e discipline destinati a rimanere comunque distinti sul piano del contenuto e dell'ambito di applicazione. Scompare la figura dell'atto di commercio e soprattutto ne scompare la disciplina: il diritto delle obbligazioni è ormai retto da principi uniformi, che prescindono dalla natura del negozio che delle obbligazioni è fonte. E tuttavia l'unificazione non è avvenuta attraverso la cancellazione della disciplina speciale e l'attrazione dei negozi commerciali entro l'ambito di applicazione dello ius civile; è coincisa, all'opposto, con la generalizzazione proprio dei principi di diritto speciale e con il loro affermarsi quali nuovi principi comuni privatistici [...]. È il fenomeno della commercializzazione del diritto privato”. A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarrone Alibrandi, M. Sciuto, Diritto commerciale (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 9 ff.

Anforderungen von Transparenz und Sicherheit in den Beziehungen zwischen Personen gerecht zu werden und die Geschwindigkeit des Waren – und Dienstleistungsverkehrs zu gewährleisten. Kurz gesagt handelte es sich dabei um ein System, das geeignet war, die Stärkung der Wirtschaft zu fördern, die der unangefochtene Antriebsfaktor für das Wachstum moderner Staaten ist, da es dazu beitrug, neue Entwicklungs – und Expansionsmöglichkeiten zu schaffen. Es wird eine einheitliche Regelung mit jedoch spezifischen Bestimmungen für die Unternehmer²⁴⁴ unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Geschäftsausübung und der damit verbundenen spezifischen Schutzgründe vorgesehen. Das Verschwinden des Handelsgesetzbuchs und die Übernahme seiner Vorschriften in das neue Einheitsgesetzbuch beendete jedoch nicht die Kontroverse über das Verhältnis zwischen Handels – und Zivilrecht, sondern änderte lediglich den Kontext²⁴⁵.

b. Artikel 54 des Codice di Commercio von 1882

„Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge“ (Artikel 54 des Codice di Commercio von 1882).

Die Gründe für die Einführung von Artikel 54 sind auf die Vergangenheit zurückzuführen. Das napoleonische Handelsgesetzbuch von 1807 – und damit alle italienischen Gesetzbücher, die unter französischer Herrschaft übernommen wurden und es fast vollständig reproduziert hatten – enthielt keine spezifischen Regeln für einseitige Handelsgeschäfte. Es beschränkte sich im Allgemeinen darauf, die Zuständigkeit der Handelsg Gerichte für alle Streitigkeiten in Bezug auf Verpflichtungen und Verhandlungen zwischen Kaufleuten und Bankiers, sowie für alle Streitigkeiten, die sich aus Handelsgeschäften ergaben, vorzusehen²⁴⁶. Diese Formulierung eignete sich für unterschiedliche Interpretationen der Streitigkeiten, die Geschäfte betrafen, bei denen nur eine der Parteien ein Kaufmann war. Auf diese Weise wurde ein System der Kompetenzverteilung zwischen Zivilgerichten und Handelsgerichten gerechtfertigt, dass sowohl die Art der Geschäfte, als auch die persönliche Qualität der Parteien berücksichtigte. Die Rechtsprechung legte die Norm jedoch schwankend aus.

²⁴⁴ Zum Übergang vom Kaufmann zum Unternehmen vgl. F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Giuffrè, Mailand, 2016.

²⁴⁵ „Il diritto commerciale resta, oggi, un sistema giuridico autonomo e distinguibile dal diritto civile, o i suoi istituti e le sue norme debbono ritenersi ormai assorbiti in un sistema privatistico unitario e indifferenziato? [...] il diritto commerciale costituisce, all'interno dell'ordinamento privatistico, un sistema giuridico speciale e separato, sebbene non autosufficiente, rispetto al diritto civile“. A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarro-ne Alibrandi, M. Sciuto, *Diritto commerciale* (Hrsg. von M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015, S. 20-21.

²⁴⁶ Code de Commerce von 1807, Buch V, Titel II, De la compétence des tribunaux de commerce, Art. 631: „Les tribunaux de commerce connaîtront, 1. De toutes les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants marchands et banquiers; 2. Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce“.

Dies veranlasste den savoyischen Gesetzgeber dazu, in das Handelsgesetzbuch von 1842 eine Bestimmung aufzunehmen, die Folgendes vorsah: Bei einseitigen Handelsgeschäften konnte jene Partei, die kein Handelsgeschäft beabsichtigt hatte, die andere Partei nach eigenem Ermessen entweder vor dem Zivilgericht oder vor dem Handelsgericht verklagen²⁴⁷. Diese Regelung ebnete den Weg für weitere Verwirrung und Zweideutigkeit, da sie immer noch nichts über die im Allgemeinen angewandten Vorschriften aussagte und daher die Frage, welches Recht (Zivil – oder Handelsrecht) auf diese Geschäfte angewandt werden sollte, unbeantwortet blieb.

Diese Unklarheit war den Kommissionsmitgliedern, die den Codice di Commercio von 1865 verfassten, bewusst. Es schien in keiner Weise akzeptabel, dass die Wahl der zuständigen Gerichtsbarkeit nur dem Ermessen einer der Parteien überlassen wurde. Daher wurde Artikel 91 eingeführt, der ein objektives System zur Feststellung des anzuwendenden Rechts und der gerichtlichen Zuständigkeit auf der Grundlage des Kriteriums der Bezugnahme auf die Person des Beklagten vorsieht²⁴⁸. Der Codice di Commercio von 1865 sah den Vertrag als gemischt an, wobei die kaufmännische Verpflichtung einer Partei dem Handelsrecht und die zivilrechtliche Verpflichtung der anderen Partei dem Zivilrecht unterworfen war. Auch wenn das Kriterium, die Person des Beklagten zu berücksichtigen, weniger willkürlich war, beseitigte diese neue Regelung die Unstimmigkeiten und die Ungleichbehandlung nicht. Tatsächlich blieb es sehr fraglich, ob das gleiche Geschäft einem anderen Rechtsgebiet und einer anderen Gerichtsbarkeit unterworfen werden könnte, je nachdem, welche die klagende Partei ist.

Der Codice di Commercio von 1882²⁴⁹ ersetzte das vorherige System durch die Einführung von Artikel 54, welcher lautete:

„Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge“.

²⁴⁷ Codice di Commercio del Regno di Sardegna von 1842, Buch IV, Della giurisdizione commerciale, Titel II, Della competenza dei tribunali di commercio, Art. 680: „Allorquando l'atto non è commerciale che per una delle parti, quella di esse che avrà fatto l'atto commerciale potrà essere convenuta tanto avanti il tribunale di commercio, che avanti il tribunale civile“.

²⁴⁸ Codice di Commercio del Regno d'Italia von 1865, Buch I, Del commercio in generale, Titel V, Dei contratti commerciali in genere, Art. 91: „Se il contratto è commerciale per uno dei contraenti e non commerciale per l'altro, le obbligazioni che ne nascono, sono regolate dalla legge commerciale o civile, avuto riguardo alla persona del convenuto. Ma se l'obbligazione dipende da un titolo scritto, la prova della liberazione non è ammessa che a norma del codice civile“; Buch IV, Della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale, Titel I, Della competenza, Art. 725: „Se l'atto non è commerciale che per una sola delle parti contraenti, quella che promuove l'azione deve convenire l'altra al foro commerciale se questa è commerciante, al foro civile se non è commerciante“.

²⁴⁹ Vgl. Marghieri, Vorarbeiten: Prog. Prel., Art. 50 – Prog. Min., Art. 53 – Oss. Cam. Comm. (Band II, Teil II, S. 50) – Prog. Prel., Art. 57 (S. 52) – Oss. Cam. Comm., Fac. Giur. (S. 53) – Rel. Mancini (Band IV, S. 100) – Rel. Corsi (S. 323) – Discuss. Sen. 1880 (S. 457) – Rel. Cam. Dep. (S. 505) – Verb. Comm. Min., XXXVII Nr. 166 (Band II, Teil I, S. 135) – XXXVIII, Nr. 168 (S. 138) – XL Nr. 173 (S. 143) – XLII Nr. 183 (S. 150) – XLVIII, Nr. 203 (S. 170).

Dieser Artikel des Codice di Commercio entsprach dem Artikel 277 ADHGB, der lautete:

„Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergibt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist“.

Die deutsche Norm über die Verpflichtung zur Registrierung von Kaufmännern in ein besonderes Register, um die Überprüfung ihrer kaufmännischen Qualität durch andere Bürger zu erleichtern, wurde jedoch nicht übernommen. Das deutsche Recht als Vorbild für diese Bestimmung zu nutzen, wurde von vielen Juristen vorgeschlagen, die von den Kommissaren während der Vorarbeiten konsultiert wurden, insbesondere von Mancini²⁵⁰, von der Handelskammer von Brescia²⁵¹ und von der juristischen Fakultät der Universität Pisa²⁵².

Die Notwendigkeit, eine präzisere und funktionalere Regel anzunehmen, ergab sich aus zwei Gründen: Erstens, die immer grösser werdende Beteiligung an Handelsgeschäften von Personen, die nicht aus der Geschäftswelt kamen. Zweitens, die europaweite Annahme des ADHGB, das in Artikel 277 den Grundsatz des Vorrangs des Handelsrechts vorsah. Dadurch bestätigte das ADHGB seine Zuständigkeit auch gegenüber jenen Vertragsparteien, die keine Handelsgeschäfte vollzogen.

Der Gesetzgeber von 1882 wollte sich, nach dem Beispiel des deutschen Rechts, von dem gemischten System²⁵³ des Codice di Commercio von 1865 befreien, indem er das Prinzip der Einzigartigkeit der Verpflichtung einführte, wonach das Geschäft, das für eine Partei kaufmännisch ist, vom Gesetz in seiner Gesamtheit als kaufmännisch betrachtet wird:

„[...] questo ibrido sistema era riuscito a trionfare nella commissione compilatrice del nuovo codice! A leggere la prolissa discussione a cui presero parte giuristi di valore, c'è motivo per riflettere sulla forza della tradizione trasformata in abito mentale ribelle a radicali mutamenti legislativi, per

²⁵⁰ „Per tali ragioni ho proposto di adottare il sistema del Codice germanico (art. 277), in quanto ripugna alla buona fede e alla rapidità delle operazioni mercantili le soverchie rigidità e formalità probatorie del Diritto Civile; è facile persuadersi che a queste garanzie e facilità devono aver diritto indistintamente tutti coloro che furono parti dell'unico contratto, a tutela dei rispettivi diritti, e per esigere con eguale efficacia l'adempimento delle correlative obbligazioni“. Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 100-105.

²⁵¹ Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 52-53.

²⁵² Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 52-53.

²⁵³ „Con una certa arrendevolezza linguistica, si può tollerare si dica misto un contratto quando le obbligazioni che ne derivano sono di natura commerciale per una parte, e di natura civile per l'altra; tuttavia, chi ben consideri, si persuade che la qualifica misto non indica tale dualismo d'impegno, ma designa piuttosto un miscuglio, un'interferenza, quasi diremmo un ermafroditismo giuridico!“. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 286.

quanto, come il presente, di evidenza, razionale e pratica, irrefutabile. Tuttavia oppositori autorevoli vi furono: il Mancini, primo, poi il Vidari, ammaestrato dal modello germanico (art. 277 di quel codice di commercio), sostennero appunto il concetto trasfuso ora, per la perseverante volontà del Mancini, nell'art. 54. La ragione e l'esperienza – così il Mancini nella sua Relazione al Senato – condannano il sistema stabilito dalla commissione del 1865, di cui si propone l'abbandono”²⁵⁴.

Das bestätigt das Phänomen der Commercialisierung des Privatrechts, dass im vorigen Paragraph 3.1. beschrieben wurde.

Als Vervollständigung des Grundsatzes der Eindeutigkeit des Geschäfts gab es die einheitliche Gerichtsbarkeit, der das Geschäft unterlag: „d'altronde, senza l'unità del giudizio e l'eguaglianza dei mezzi di prova, non vi sarebbe speranza di evitare i ben gravi pratici disordini [...] avvertiti”²⁵⁵. Mancini sprach sich für eine promptere und wirksamere Handelsgerichtsbarkeit aus, die durch die Anwesenheit von Richtern aus dem Handelssektor gewährleistet wäre:

„rimangono adunque gli effetti della giurisdizione commerciale, e dei mezzi di prova ammessi dal Codice di Commercio, con qualche altra speciale disposizione ristretta a particolari materie o contratti. Or se fondamento della speciale giurisdizione e della maggiore semplicità e facilità di prova, è appunto il concetto che maggior garentia di retto giudizio si ottenga col mezzo di giudici versati nella pratica degli affari commerciali, e che ripugnino alla buona fede ed alla rapidità delle operazioni mercantili le soverchie rigidità e formalità probatorie del diritto civile; è facile persuadersi che a queste garentie e facilità devono aver diritto indistintamente tutti coloro che furono parti nell'unico contratto, a tutela dei rispettivi diritti, e per esigere con eguale efficacia l'adempimento delle correlative obbligazioni”²⁵⁶⁻²⁵⁷.

Die darauffolgende Abschaffung der Handelsgerichte im Jahr 1888 war Teil der Entwicklung des Verhältnisses zwischen Handels – und Zivilrecht, die oben im Paragraph 3.1 beschrieben wurde.

²⁵⁴ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 279.

²⁵⁵ L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 281.

²⁵⁶ Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 185-186.

²⁵⁷ „La celerità della procedura, infatti, veniva qui considerata come un obiettivo che si sarebbe potuto conseguire solo affidando ai commercianti il contenzioso in quanto solo loro in grado di interpretare sempre e comunque le norme da applicare, sia di diritto sostanziale che di diritto procedurale, alla luce di tale esigenza”. C. Ciancio, Abolire o riformare? Procedura e giurisdizione commerciale nell'Italia postunitaria, in Rivista di storia del diritto italiano, 2010, Nr. LXXXIII, S. 177.

c. Die Bedeutung von Artikel 54 und seine Interpretation

Rechtsgeschäfte können zwischen Kaufleuten aber auch zwischen einem Kaufmann und einem Nicht-Kaufmann²⁵⁸ zu jeweils unterschiedlichen Zwecken²⁵⁹ abgeschlossen werden. Wenn das Geschäft nur für eine der Parteien ein Handelsgeschäft darstellt und für die andere nicht, unterliegen alle Verpflichtungen dem Handelsrecht, außer jene Regelungen, die nur den Kaufmann betreffen und die gegenteiligen Rechtsvorschriften.

Im Codice di Commercio von 1882 gibt es zwei weitere Artikel, die sich auf Artikel 54 beziehen und die Zuständigkeit und die Verjährung bei einseitigen Rechtsgeschäften regeln: Artikel 870 (Buch IV, Titel I Dell'esercizio delle azioni commerciali), wonach „Se l'atto è commerciale anche per una sola delle parti, le azioni che ne derivano appartengono alla giurisdizione commerciale“ und Artikel 915 (Buch IV, Titel II Della Prescrizione), wonach „Le azioni derivanti dagli atti che sono commerciali anche per una sola delle parti si prescrivono per tutti i contraenti in conformità della legge commerciale“.

Artikel 54 führt den Grundsatz der Einzigartigkeit der Verpflichtung ein, indem er vorsieht, dass eine Handlung, auch wenn sie nur für eine der Parteien von kaufmännischer Natur ist, vom Gesetz insgesamt als kaufmännisch angesehen wird. Die wirtschaftliche Absicht der Handlung als Ganzes²⁶⁰ überwiegt also für den Gesetzgeber. Daher sieht er vor, dass das Rechtsgeschäft einheitlich nur von einer Norm geregelt wird, um die Gleichheit der Parteien zu wahren. Folglich wird das Geschäft, das für eine Partei kaufmännisch ist, vom Gesetz *ratione actus* und nicht *ratione personae* als kaufmännisch angesehen. Diese Regel gilt im Übrigen sowohl wenn die Handlung objektiv kaufmännisch ist (gemäß Artikel 3 des Codice di Commercio), als auch wenn die Handlung sub-

²⁵⁸ „Non si reputò necessario aggiungere una esplicita eccezione per conoscere degli atti per propria natura civili tra qualunque sorta di persone, ciò sembrando superfluo a fronte della ipotesi espressa nel cominciamento dell'articolo, secondo la quale l'atto debb'essere di sua natura commerciale rispetto ad alcuna delle parti“. Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 100-105.

²⁵⁹ „Lo scopo della contrattazione o la qualità della persona imprimono all'atto la natura commerciale. Ma le contrattazioni possono aver luogo tra commercianti e non commercianti e può essere diverso lo scopo dei contraenti: es. un proprietario vende le derrate prodotte dai propri fondi (operazione civile) ad un commerciante che le compra per rivenderle (operazione di commercio). Quali leggi regoleranno cotesti atti di duplice natura?“. Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 100-105.

²⁶⁰ Es sollte betont werden, dass Artikel 54 sowohl für Verträge als auch für einseitige Rechtsgeschäfte gelten soll: „[...] sorge la domanda se esso si debba applicare solo ai contratti o a ogni atto unilateralmente commerciale, qualunque ne sia la causa: la questione deriva dal legislatore che ha introdotto una radicale innovazione agli articoli 1 e 54 secondo il modello germanico, senza però armonizzazione con il precedente sistema della legislazione italiana in cui li innestava“. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 284-285.

jektiv kaufmännisch ist (gemäß Artikel 4)²⁶¹⁻²⁶². Die ratio des Prinzips der Eindeutigkeit des Geschäfts beruht auf dem notwendigerweise systematischen Charakter des gesamten Rechtssystems²⁶³ und auf der Gleichheit der Parteien²⁶⁴: „in tal modo si otterrà l'unità del giudizio e l'eguaglianza dei mezzi di prova, e non avranno a ripetersi gli inconvenienti che ora nella pratica troppo sovente si deplorano”²⁶⁵.

²⁶¹ „Generalmente, quando un commerciante contratta con chi non lo è, gli affari conclusi sono commerciali soltanto per il primo: se io vado a comperare per mio uso delle merci da un negoziante, la mia compra non è commerciale, poiché non è accompagnata da quell'intenzione di rivendere che è essenziale alla compra commerciale (art. 3 n. 1 codice di commercio del 1882); mentre è commerciale la vendita fattami dal negoziante che aveva precedentemente comprato quelle merci appunto allo scopo di rivenderle. [...] in questi casi l'unità del contratto esige che esso sia regolato da una legge unica, e il legislatore, seguendo la tendenza ad estendere la sfera d'azione della legge commerciale, l'ha imposta a tutti coloro che prendono parte ad un atto commerciale. [...] questa regola vale sia se l'atto è oggettivamente commerciale sia se l'atto è soggettivamente commerciale (in questo caso, sia se quello contro cui si esercita l'azione è commerciante sia se non lo è e non possa nemmeno divenirlo, ad esempio lo Stato)”. C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 27-28.

²⁶² Die deutsche Lehre bezeichnete nur jene Personen als Kaufmänner, die einen kaufmännischen Betrieb ausübten: „Das vierte Buch macht an verschiedenen Stellen gewisse Rechtsfolgen davon abhängig, dass das Subject des Rechtsverhältnisses ein Kaufmann ist. In den meisten Stellen wird jedoch nicht vom Kaufmann schlechthin gesprochen, sondern vom Kaufmann in Bezug auf sein Handelsgewerbe, nur in wenigen wird nicht auf das Handelsgewerbe Bezug genommen. Es fragt sich nun, ob der Kaufmann nur im Betracht der beiden ersten Reihen von Bestimmungen als solcher, d.h. als ein gewerbemässig Handelsgeschäfte Betreibender in Betracht kommt [...]. Das Gesetzbuch behandelt nun wesentlich nur dem Handel angehörende oder mit diesem in nächstem Zusammenhang stehende Rechtsverhältnisse. In seltenen Fällen generalisirt es manche Bestimmungen, nirgends aber zeigt sich die Tendenz ein Standesrecht der Kaufleute aufzustellen; [...] Hiernach dürfte als Resultat der vorstehenden Untersuchung sich ergeben, dass, wenn im vierten Buch der Kaufmann erwähnt wird, er immer als solcher, d.h. in Ausübung seines Handelsgewerbes gemeint ist. [...] Es kann also jemand nur Kaufmann sein, insofern er gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt”. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 50-58.

²⁶³ „Anzitutto è un impossibile giuridico che un solo e medesimo atto o contratto sia nello stesso tempo governato da principi e leggi diverse; è impossibile, per esempio, che una compra-vendita sia contemporaneamente valida e nulla, come sarebbe il caso della vendita di cosa altrui, valida applicando la legge commerciale, e nulla secondo la legge civile, e perciò valida per alcuni contraenti che ne rimangono vincolati, e nulla per altri che non siano obbligati ad eseguirla”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 280.

²⁶⁴ „Se dei due contraenti l'uno è soggetto alla legge e alla giurisdizione commerciale e l'altro alla civile, non vi è parità di trattamento, e lo stesso fatto sussiste o non sussiste, contiene o non contiene efficacia giuridica, secondo che occorra all'uno o all'altro dei contraenti di invocarlo nel proprio interesse. Una tale contraddizione può talvolta sembrare un oltraggio alla verità e alla giustizia, gratuitamente imposto per arbitrio del legislatore”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 280.

„Per ottenere l'unità giudizio e l'eguaglianza dei mezzi di prova, e per evitare gli inconvenienti ed i disordini che in pratica troppo sovente si ripetono, si è introdotto una radicale innovazione all'attuale Codice di commercio, disponendo che se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono, per ragione di esso, soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge”. Relazione alla Camera dei Deputati del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Villa) di concerto col Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio (Miceli) nella tornata del 2 luglio 1880 per la presentazione del progetto di legge approvato dal Senato del Regno concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo codice di commercio, in Margheri, Vorarbeiten, Band IV, S. 476.

²⁶⁵ Relazione della Commissione della Camera dei Deputati composta dagli onorevoli Mancini poi Taiani Diego presidenti, Ricci e Boselli segretari, Inghilleri, Luzzatti, Ferracciù, Puccioni, Veré, Castellano, Pe-

In der Tat verursachte das gemischte System des Codice di Commercio von 1865, welches die Anwendung zwei verschiedener Rechte mit besonderen Vorzügen nur für die Kaufmänner vorsah, viele Unannehmlichkeiten im Zusammenhang mit der Ungleichheit der Parteien. Beispielsweise widersprachen sich die Regelungen über die anwendbaren und die nicht anwendbaren Beweismittel, sowie jene über die fünfjährige und die zehnjährige Verjährung. Außerdem gab es Schwierigkeiten, die Zuständigkeit im Fall einer Widerklage festzustellen.

Der italienische Codice di Commercio von 1882 hat den vorigen Codice di Commercio überwunden. Die neue Regelung war einheitlich und versicherte die Gleichheit der Parteien. Die veränderten Forderungen des Kapitalismus verlangten, dass jede Beziehung einheitlich und in Übereinstimmung mit den wirtschaftlichen Interessen geregelt wurde. Dies galt auch für Nichtkaufmänner, d.h. Subjekte, die keine Geschäftstätigkeit ausübten.

Die italienische Lehre und Rechtsprechung haben den Artikel 54 nach dem, was soeben beschrieben wurde, ausgelegt. Nachstehend einige Beispiele, in denen die Rechtsprechung ein kontroverses Rechtsgeschäft als ein Handelsgeschäft auslegte und folglich die Anwendung des Handelsrechts auf alle Parteien vorsah:

„La mediazione prestata da un'agenzia di affari è atto di commercio, quantunque interposta per la stipulazione di un contratto di sua natura civile. Quindi l'azione dell'agenzia è di competenza commerciale anche per la parte che non sia commerciante“²⁶⁶; „La permuta di cose mobili (permuta di cavalli) non è un atto essenzialmente civile: e quindi, venendo fatta da un commerciante si reputa atto di commercio, se non si dà la prova che le cose permutate fossero destinate all'esclusivo uso di lui o della sua famiglia. Se ne ammette quindi la prova per testimoni senza limiti di valore tanto pel contraente commerciante, come per l'altro non commerciante“²⁶⁷; „Sebbene la provvista di merci e le somministrazioni da commerciante a non commerciante siano atti di commercio per quello non per questo, tuttavia anche questo per il relativo debito va soggetto alla legge commerciale. In ispecie essendo il debito liquido ed esigibile, gli interessi sono dovuti di pieno diritto“²⁶⁸; „L'obbligazione verbalmente assunta di garantire il pagamento di una cambiale, sia o non sia un'obbligazione commerciale per chi l'ha assunta, dà però luogo ad una causa commerciale tra lui e il creditore che contro di lui tende esercitare l'azione cambiaria, e può quindi esser provata per testimoni“²⁶⁹; „La fidejussione prestata da un non commerciante a garanzia di un'obbligazione

droni, Colombini, Incagnoli, Randaccio, Mancini e poi Pasquali relatori sul Progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo Codice di Commercio, in Margheri, Vorarbeiten, Band IV, S. 505.

²⁶⁶ Kassationsgericht Turin, 31. Dezember 1887, Zanone c. Barile, in Il Foro Italiano, 1888, S. 711.

²⁶⁷ Kassationsgericht Turin, 2. April 1889, Battilana c. Buscaglia, in Il Foro Italiano, 1889, S. 103.

²⁶⁸ Kassationsgericht Turin, 14. Dezember 1888, Villata c. Isnardon, in Il Foro Italiano, 1889, S. 704.

²⁶⁹ Kassationsgericht Turin, 31. Dezember 1889, Caratti c. Billia, in Il Foro Italiano, 1890, S. 922.

*commerciale è pur essa commerciale anche nei riguardi del fidejussore, ancorché non commerciante, e quindi questi si presume tenuto in solido*²⁷⁰; „Se un atto è commerciale per una delle parti, tutti i contraenti sono soggetti alla legge commerciale; e quindi si può provare con testimoni lo spergiuro, se la convenzione oggetto del giuramento si può provare con testimoni secondo la legge commerciale”²⁷¹; „È soggetto alla prescrizione commerciale decennale il credito di chi, pur non essendo commerciante, abbia pagato i debiti di un fallimento altrui”²⁷²; „È commerciale la locazione di immobili se anche il solo conduttore sia commerciante e vi abbia acceduto a scopo di commercio”²⁷³; „È commerciale la causa intentata dall'avvocato contro un commerciante pel pagamento dell'onorario dovutogli in seguito alle pratiche fatte per la sistemazione di una vertenza attinente all'esercizio del di lui commercio”²⁷⁴; „È commerciale e può essere esercitata nel luogo in cui avvenne il fatto, l'azione dell'albergatore contro gli eredi della persona che si sia suicidata in una camera d'albergo dopo aver ucciso la propria amante”²⁷⁵; „L'azione per conseguire l'indennità di un infortunio sul lavoro è d'indole commerciale, tanto in relazione al rapporto giuridico primordiale da cui nasce (contratto di lavoro), quanto in relazione all'indole specifica del contratto d'applicazione”²⁷⁶.

Das anwendbare Handelsrecht umfasste auch das Verfahrensrecht:

*„Perché possano ritenersi applicabili gli art. 54 e 870 del vig. cod. di comm., e quindi la causa sia ad iniziarsi od a portarsi davanti il giudice commerciale, è necessario che l'atto, cui essa causa si riferisce, fosse di natura commerciale per una almeno delle parti a termini della legge vigente quand'esso fu compiuto, o quando fu iniziato il giudizio”*²⁷⁷.

²⁷⁰ Berufungsgericht Mailand, 4. November 1912, Zoncada c. Manetti, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 129.

²⁷¹ Kassationsgericht Rom, 1. Februar 1916, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 129.

²⁷² Kassationsgericht Turin, 5. Januar 1916, Cottini c. Dagnino, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 129.

²⁷³ Kassationsgericht Turin, 23. Februar 1915, Santuario di Oropa c. Peretto, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 129.

²⁷⁴ Berufungsgericht Rom, 10. Januar 1920, Consiglio c. Di Cola, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 129-130.

²⁷⁵ Gericht Neapel, 16. Juli 1912, Gentile c. Ansaldo, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 131.

²⁷⁶ Kassationsgericht Florenz, 12. Dezember 1911, Verdici c. Soc. Mutua infortuni, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 131.

²⁷⁷ Berufungsgericht Mailand, 9. April 1884, Martini c. Calegari e Signorini, in Il Foro Italiano, 1884, S. 99.

Inbesondere in Bezug auf die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit hat die Rechtsprechung bestätigt, dass Art. 91 Abs. 2 der italienischen Zivilprozessordnung auch anwendbar ist, wenn die Klage nur für eine der Parteien von kaufmännischer Natur ist:

„Infatti, per sostenere la tesi contraria, bisognerebbe contro ogni evidenza negare che sia commerciale la materia di un giudizio derivante da un atto commerciale anche per una sola delle parti [...]. Ora per legge commerciale [...] non sono da intendersi soltanto il codice di commercio e le disposizioni particolari che hanno un oggetto di specifica natura commerciale (quali, ad esempio, il codice della marina mercantile, la legge sulle Camere di Commercio e simili), ma altresì tutte quelle norme e discipline che si riferiscono al commercio, comunque sparse in provvedimenti legislativi che nel loro complesso non sono destinati all'esclusivo governo giuridico della materia mercantile. Deve quindi riguardarsi come legge commerciale anche il codice di procedura civile in quanto tratta dei giudizi commerciali [...] e più specialmente in quanto [...] designa i vari magistrati dinanzi ai quali debbono farsi valere e devono o possono proporsi le azioni commerciali a seconda del valore delle medesime, del domicilio del convenuto, od anche delle circostanze riferibili al luogo dove fu fatta la promessa o la consegna della merce od in cui deve eseguirsi la obbligazione (articolo 9 alinea). Di qui il corollario che se, giusta le fatte premesse, il capoverso del ripetuto art. 91 è legge commerciale, deve anche necessariamente trovare applicazione nelle controversie relative ad atti che sono commerciali per una sola delle parti (art. 54 del cod. di comm.), e qualificate per la giurisdizione commerciale (art. 870 del cod. di comm.) [...]”²⁷⁸.

In einem anderen Urteil heißt es, dass der Verkäufer, der ein Kaufmann ist, den Käufer, der kein Kaufmann ist, nicht beim örtlich zuständigen Gericht, wo der Verkäufer seinen Wohnsitz hat, vorladen darf, um dort die Zahlung des Preises der Waren zu fordern.

Dies weil: „[...] dai lavori legislativi all'uopo compiuti si desume come con codeste sanzioni si mirò ad ottenere l'unità del giudizio e l'uguaglianza delle prove e delle istruttorie fra le parti onde evitare gli inconvenienti che per lo innanzi eransi troppo spesso verificati. E se questo è il concetto informatore di dette disposizioni, appare manifesto che tutto ciò che ad un tale obbietto non attiene strettamente, il legislatore non intese immutare, e meno intese derogare alle altre regole di diritto. Egli in termini recisi volle ivi che la legislazione fosse commerciale e non altro. Ed è ben noto che altro è la gi-

„Sebbene l'obbligazione fosse commerciale e contratta da un commerciante, non ha però carattere commerciale ed è invece puramente civile la successiva obbligazione, colla quale il debitore commerciante, riconoscendo il suo debito verso il terzo che ha pagato per lui, si assume di rimborsarlo in un dato termine. Quindi l'azione del terzo per conseguire questo rimborso non va soggetta alla giurisdizione commerciale“. Berufungsgericht Turin, 31. Dezember 1883, Muller c. Bocchino, in Il Foro Italiano, 1884, S. 99.

²⁷⁸ Berufungsgericht Mailand, 10. März 1893, Comune di Campobasso c. Ditta Compagnoni, in E. Vidari, L. Bolaffio, Annuario critico della giurisprudenza commerciale, 1893-1894, Verona, 1896, S. 253-254.

*urisdizione, altro la competenza. [...] Dalle quali cose deriva che tutto concorre a far ritenere che il legislatore negli articoli 54 e 870 del cod. di comm. intese che, quantunque l'atto sia commerciale per una sola delle parti, nondimeno si debba procedere in giurisdizione commerciale e per le prove si segua la legge commerciale; ma che, per gli ordini della competenza, si rimanga su quanto è generalmente preordinato a tutela dei diritti del convenuto per debito civile, fra i quali diritti è certamente principale quello di essere giudicato dal suo giudice naturale*²⁷⁹.

Die in Artikel 54 beschlossene Lösung stieß bei einigen Verfechtern des vorherigen Systems auf Verwirrung. Er wurde von denen kritisiert, die glaubten, das Gesetzbuch hätte die Funktion und den Beruf des Kaufmannes anstelle der einzelnen Handelsgeschäfte zu regeln. Die Regel des Artikels 54 bedeutete, dass alle Bürger, die Verträge mit Kaufmännern abschlossen, einem Gesetz unterlagen, das im Interesse nur einer der Parteien entstanden war²⁸⁰.

Die Entstehung des Handelsrechts als Recht einer bestimmten Klasse und seine frühere Anwendung als ein besonderes, nur auf den Handel bezogenes Recht führten dazu, dass die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der durch das Handelsgesetz von 1882 eingeführten neuen Regelung in Frage gestellt wurde. Eine Regelung, die eine allgemeine Anwendung des Handelsrechts anstrebte und damit das Prinzip der Persönlichkeit des Rechts außer Kraft setzte, das sozusagen eine kopernikanische Revolution in der Geschichte des Handelsrechts darstellte.

Die Rechtsgeschichte zeigt, dass das Prinzip der Persönlichkeit des Rechts, wonach für verschiedene Menschen auf demselben Gebiet unterschiedliche Rechte gelten, nicht funktioniert. Ein Beispiel dafür ist das Recht der römisch-barbarischen Königreiche. Mit dem Aufkommen der römisch-barbarischen Königreiche wurde die universalistische Konzeption des Reiches durch eine politische Vision eines partikularen Typs ersetzt, die sich auch in rechtlicher Hinsicht zeigte. Das Zusammenleben der beiden Gemeinschaften, der Römer und der Barbaren, wurde vom Prinzip der Persönlichkeit des Gesetzes bestimmt, auch weil die beiden Gemeinschaften unterschiedliche Rechtssysteme besaßen, damit sie zusammenleben konnten. Aufgrund des Prinzips der Persönlichkeit des Rechts der Germanen, die sich innerhalb der Grenzen des Reiches niederließen, durfte jede Gruppe nach ihren eigenen Gebräuchen leben und jeder hatte das Recht, nach den Gesetzen der Gemeinschaft, der er angehörte, verurteilt zu werden. Da beide Gruppen ihrem eigenen Recht unterlagen, war es notwendig eine Regelung für die rechtlichen Verhältnisse, die zwischen Römern und Barbaren entstanden, zu finden²⁸¹.

²⁷⁹ Berufungsgericht Rom, 25. Januar 1894, Marsaglia c. Terracina, in E. Vidari, L. Bolaffio, *Annuario critico della giurisprudenza commerciale*, 1893-1894, Verona, 1896, S. 255-257.

²⁸⁰ Cesare Vivante, neben Levin Goldschmidt (der damals wichtigste europäische Jurist im Bereich des Handelsrechts) warf vor, dass auf diese Weise „tutti i cittadini che contrattavano con i commercianti [erano costretti] a subire una legge che è fatta a favore di questa classe, infinitamente meno numerosa“. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band I, Mailand, 1922, S. 12.

²⁸¹ Vgl. E. Cortese, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, Il Cigno GG Edizioni, Rom, 2012, S. 41 ff.

Es gab für die Anwendung des Handelsrechts auf den Nichtkaufmann einige Ausnahmen: Der Nichtkaufmann, der mit einem Kaufmann handelte, durfte weder die Fähigkeiten und Vorrechte des Händlers haben oder erwerben, noch den Verpflichtungen und Zusagen unterliegen, die nur ein Kaufmann auf sich nehmen konnte. Seine eventuelle zivilrechtliche Verpflichtung, die unter der substantiellen und formellen Kompetenz des Handelsrechts stand, veränderte sich nicht, behielt ihre charakteristischen Züge und unterlag nicht besonderen Sanktionen, die den kaufmännischen Charakter der Verpflichtung des Schuldners voraussetzen^{282, 283}. Aus dem oben Beschriebenen, lassen sich folgende Grundsätze herleiten: (i) Die besonderen Regeln in Bezug auf kaufmännische Verpflichtungen sind nicht auf die Streitigkeiten mit jenen Parteien anzuwenden, für die das Geschäft von zivilrechtlicher Natur ist. Die zivilrechtliche Verpflichtung führt daher nicht zu den rechtlichen Folgen, die sich allein aus dem kaufmännischen Charakter der eingegangenen Verpflichtung ergeben²⁸⁴; (ii) Die Parteien, die keine Kaufmänner sind, unterliegen nicht den Bestimmungen, die nur für Kaufmänner gelten. Es handelt sich dabei um diejenigen Verpflichtungen, die die Fähigkeit zur Ausübung von Handelsgeschäften betreffen²⁸⁵ und diejenigen die mit der Person des Kaufmanns verbundenen Rechte und Pflichten betreffen²⁸⁶. Die beschriebene Autonomie der zivilrechtlichen Verpflichtung wird auch von der Rechtsprechung bestätigt:

²⁸² Marghieri, Vorarbeiten, Band II/II, S. 52-53; L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 277-287.

²⁸³ „Fissato il principio, le eccezioni al medesimo, introdotte dall'art. 54, sono di logica giuridica indiscutibile. Chi, non essendo commerciante, è sottoposto alla legge commerciale perché intervenuto in un atto commerciale per l'altra parte, né deve avere né, tanto meno, acquista per questo suo intervento eventuale la capacità e le prerogative del commerciante, né sottostà agli obblighi e alle comminatorie inerenti a tale qualità. Il suo eventuale obbligo civile, pur subendo la competenza sostanziale e formale della legge di commercio, non soggiace a quelle peculiari sanzioni che presuppongono la commercialità dell'impegno da parte del debitore“. L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919, S. 287.

„È evidente che al contraente non commerciante non si potrà né far rimprovero di non avere libri, né sottoporlo a fallimento, bancarotta, ecc., ma i non commercianti saranno, in quel caso, egualmente sottoposti alla giurisdizione commerciale, agli interessi di mora nella misura dell'uso commerciale, potranno usare ed esser passibili delle prove che la legge commerciale stabilisce, ecc.; in una parola, non saranno unicamente sottoposti agli obblighi né godranno i favori che la legge stabilisce per chi ha l'abitudine dell'esercizio del commercio“. Relazione della Commissione Senatoria composta dai Senatori Duchoqué, Martinelli, Borgatti, Serra F. M., Trombetta, Cabella, Astengo, Ghiglieri, Pasella, Vitelleschi, Zini, Casaretto, Finali, Fenzi, Saracco e Corsi T. (relatore) sul progetto di legge concernente la facoltà al Governo di pubblicare e mettere in esecuzione un nuovo codice di commercio, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 323-324.

²⁸⁴ Wenn der Kaufmann beispielsweise die Schulden der von einem anderen Händler für seinen eigenen Gebrauch oder seine Familie gekauften Waren (Artikel 5) nicht bezahlt, würde seine Verpflichtung den Regeln des Handelsgesetzbuches unterliegen, aber der Gläubiger könnte den Konkurs des Schuldners nicht verursachen, weil die Eröffnung eines Konkursverfahrens die Folge der Nichterfüllung der Handelsverpflichtungen ist (Artikel 683), während die Verpflichtung des Verbrauchers, selbst wenn es sich um einen Kaufmann handelt, zivilrechtlich begründet ist (Artikel 5).

²⁸⁵ Die Befähigung zum Handel zieht die Auswirkungen der Volljährigkeit für den gleichberechtigten Minderjährigen vor (Art. 9 und 11); die verheiratete Frau ist zum Handel und daher auch zu den im Artikel 134 des Codice civile vorgesehenen Geschäften, dank des einfachen passiven Verhaltens ihres Mannes berechtigt, wenn der Handel öffentlich und allgemein bekannt ist (Art. 13-14).

²⁸⁶ Handelswahlrecht; öffentliche Bekanntmachung für Vermögensheiratshandlungen, damit Dritte wissen,

„La controversia di garanzia di natura civile non diventa commerciale pel fatto che commerciale sia la causa principale” (Berufungsgericht Brescia, 23. Juli 1918, Cesa c. Bargiola); „È di natura civile l'atto con cui il marito cede ad altri i frutti della dote della moglie, anche se tale cessione sia fatta a garanzia di un mutuo commerciale” (Berufungsgericht Genua, 14. Juli 1913, Calcagno c. Figari); „Sono sempre di natura civile i rapporti nascenti fra conduttore e locatore di un immobile, ancorché quest'ultimo sia un commerciante” (Berufungsgericht Catanzaro, 12. Januar 1917, Moretti c. Politi); „Il proprietario o conducente una vettura che fa trasporto abituale di passeggeri da una borgata al capoluogo della provincia e che assume, dietro compenso, di trasportare il sacco o piego postale da e per altro comune che si trova sulla via percorsa, non assume per questo secondo servizio un'impresa di trasporto d'indole commerciale” (Kassationsgericht Rom, 20. Juni 1918, Comune di Roani c. Pagliana); „Il rapporto giuridico la cui intrinseca natura si sostanzia in un'azione di danni quantunque questi siano derivati da infortunio su lavoro, è essenzialmente civile” (Berufungsgericht Trani, 17. Dezember 1912, Castellano c. Proto); „Non ha carattere commerciale l'azione di danni promossa contro l'amministrazione ferroviaria dal privato danneggiato dall'incendio prodotto dalla fuoruscita delle scintille di una locomotiva” (Berufungsgericht Rom, 22. Januar 1920, Visconti c. Ferrovie dello Stato); „Dalla contraffazione di brevetto industriale nascono rapporti di natura commerciale oppure civile a seconda delle persone litiganti e della intrinseca qualità e finalità dell'azione proposta” (Berufungsgericht Casale, 9. Juni 1915, West Gaz Improvement Company c. Soc. Union des Gaz)²⁸⁷.

Der Vergleich mit dem ADHGB ermöglicht es, eine wichtige interpretative Frage zu lösen: gilt Artikel 54 sowohl für Verträge als auch für einseitige Rechtsgeschäfte?²⁸⁸ Artikel 54 scheint auf den ersten Blick nur auf Verträge anwendbar zu sein, da er vorsieht, dass dem Handelsrecht „tutti i contraenti“ unterliegen. Der Begriff „contraenti“ leitet sich aus Artikel 277 ADHGB ab, der lautet: „Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist [...]“. Die deutsche Lehre²⁸⁹ und Rechtsprechung haben allerdings von der wörtlichen Auslegung des Gesetzes abgesehen und haben die Anwendung der Bestimmung nicht nur auf Verträge beschränkt²⁹⁰. Die-

welche Vermögenswerte sie möglicherweise ergreifen können (Art. 16 und 20); privilegierter Beweis von Handelsbüchern (Art. 21-28, 48-52); Insolvenzverfahren und Bankrott.

²⁸⁷ In U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 131-132.

²⁸⁸ „[...] sorge la domanda se esso si debba applicare solo ai contratti o a ogni atto unilateralmente commerciale, qualunque ne sia la causa: la questione deriva dal legislatore che ha introdotto una radicale innovazione agli articoli 1 e 54 secondo il modello germanico, senza però armonizzazione con il precedente sistema della legislazione italiana in cui li innestava”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 284-285.

²⁸⁹ Vgl. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Band I, Auflage II, 1875, S. 672; J.Fr. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 143.

²⁹⁰ „[...] dottrina e giurisprudenza hanno avvertita la dizione inesatta, né mai pensarono di restringere ai

se Auslegung wird auch vom Artikel 273 des ADHGB gestützt, wonach „Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen“ und vom Artikel 274 ADHGB, wonach „Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig“ (dieser Artikel entspricht grundsätzlich dem Artikel 4 des Codice di Commercio von 1882). Tatsächlich zeigen diese Bestimmungen, dass das Handelsrecht, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, für jedes Geschäft gilt, das seiner Natur nach ein kaufmännisches Geschäft ist²⁹¹. Diese Interpretation wurde von der italienischen Lehre bestätigt, insbesondere von Vivante, der anfänglich behauptete:

„Se il legislatore, dettando una regola per gli atti di commercio, fece talvolta l'ipotesi che siano avvenuti fra più persone, lo fece perché volle litare l'applicazione di quella regola ai contratti, considerando che essa non avrebbe avuto alcun significato fuori dell'ipotesi d'un rapporto contrattuale [...]. Se l'azione che si fa valere dal commerciante non ha origine da un contratto, l'art. 54 non ha più alcuna presa“, während er sich später selbst widersprach und sagte: „L'art. 915 fa dubitare che questa regola valga soltanto per le azioni di origine contrattuale perché parla di «contraenti»; ma questa parola perde ogni significato decisivo quando si avvicina ad «atti» con cui l'articolo comincia [...] il legislatore usa la parola «atti» nel senso più generale di atto giuridico unilaterale o bilaterale“²⁹².

4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Italien das ADHGB in Bezug auf die Regulierung der Handelsverpflichtungen berücksichtigt hat, sich aber nicht immer daran angepasst hat. Auf jeden Fall war das deutsche Recht ein wichtiger Bezugspunkt für den italienischen Gesetzgeber, der es im Hinblick auf die zwei Hauptfragen berücksichtigte, die ein Jurist in Bezug auf das Rechtsgeschäft zu behandeln hat: den Vertragsschluss und die anwendbaren Vorschriften bei einseitigen Rechtsgeschäften.

contratti una disposizione che ha uno spiccato carattere generale, fondamentale, integratore della sfera di azione del codice di commercio, tracciando l'ambito della materia commerciale (Handelssache – art. 1 ADHGB)”. L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 284-285.

²⁹¹ Zweifel werden durch Art. 345 HGB von 1900 (welcher am 10. Mai 1897 in Kraft trat) ausgeräumt. Der genannte Artikel lässt den Artikel 277 ADHGB inhaltlich unverändert aber ändert ihn in der Form und sieht vor, dass „Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt“. Dementsprechend hat das neue Handelsgesetzbuch im Art. 344 die spezifische Bezeichnung „Verträge“ des Artikels 274 des vorherigen Gesetzbuchs mit der allgemeinen und genaueren Bezeichnung „Rechtsgeschäfte“ ersetzt: „Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig“.

²⁹² Zit. in L. Bolaffio, Il Codice di commercio commentato, Band I, Teil 2, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1919, S. 284-285.

KAPITEL III – DIE HANDELSGESELLSCHAFTEN

1. Einleitung

Der Codice di Commercio von 1882 enthält die erste ausführliche und umfassende Regelung des Rechts der Handelsgesellschaften des italienischen Rechtsentwicklungspanoramas²⁹³. Das italienische Gesetzbuch, das noch weitgehend an das Modell der französischen Gesetzgebung gebunden ist, enthält zahlreiche Vorschriften, die auf ausländische Gesetze basieren, vor allem auf die deutschen Gesetze²⁹⁴. Das Gesetzbuch von 1882 enthält im Vergleich zu den früheren italienischen Handelsrechtskodifikationen viele neue Vorschriften. Dem italienischen Gesetzgeber von 1882 gelang es vor allem dank dem Vorbild der deutschen Gesetzgebung, die Lücken und Mängel des bisherigen Handelsgesetzbuches von 1865 zu schließen, wobei er auch die Erfahrung der Jahre vor der Veröffentlichung des neuen Gesetzbuchs berücksichtigte. Artikel 76 ff. des ersten Buches des Codice di Commercio von 1882 über die Handelsgesellschaften enthalten sehr wichtige Neuerungen, die durch die Vereinbarkeit der privaten Freiheit mit der Notwendigkeit besonderer Absicherungen gegen Betrug und Missbrauch von Treu und Glauben inspiriert wurden.

Zweck des vorliegenden Kapitels ist es, die durch den Codice di Commercio von 1882 eingeführten Vorschriften über Handelsgesellschaften und insbesondere die durch die deutsche Gesetzgebung beeinflussten Vorschriften, zu analysieren. Der Beschreibung der wichtigsten Neuerungen und Merkmale der durch den Codice di Commercio von 1882 eingeführten neuen Regelungen für Handelsgesellschaften (Par. 2) folgt eine detaillierte Analyse der neuen Bestimmungen im Vergleich zu den deutschen Regelungen (insbesondere diejenigen, die im ADHGB enthalten sind) (Par. 3). Schließlich wird ein ganzer Paragraph der Analyse der neuen Bestimmungen über Genossenschaften und des entsprechenden deutschen Rechts gewidmet (Par. 4).

²⁹³ „Die Personengesellschaften wurden bekanntlich in den italienischen Staaten des 19. Jahrhunderts in der Regel im Rahmen der Zivilgesetzbücher geregelt; die entsprechenden Normen strukturieren sich demgemäß nach dem Modell des französischen Rechts. Dazu sei auf den Handbuchbeitrag zu den Zivilrechtskodifikationen verweisen. Auch das Recht der Handelsgesellschaften, vor allem der Kapitalgesellschaften, wurde in den italienischen Staaten des 19. Jahrhunderts nicht durch Einzelgesetze, sondern in der Regel innerhalb der Handelsrechtskodifikationen normiert. Insoweit ordnet sich die Entwicklung des italienischen Rechts der Handelsgesellschaften im vorigen Jahrhundert weitgehend in die Geschichte der Handelskodifikationen ein“. F. Ranieri, Gesellschaftsrecht, in H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3261.

²⁹⁴ F. Ranieri, Gesellschaftsrecht, in H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3264.

2. Die neue Regelung über Handelsgesellschaften im Codice di Commercio von 1882

a. Einleitung

„Le società commerciali esercitano oggi le funzioni più complesse e più audaci del credito e dell'industria, e tendono con rapido e intenso movimento a prendere il posto delle imprese individuali. Esse compiono quelle complesse funzioni economiche in figura di persone giuridiche, e ne traggono la sicurezza di un'esistenza durevole e autonoma“²⁹⁵.

Diese Erklärung von Cesare Vivante unterstreicht zwei wichtige Aspekte des Gesellschaftsrechts: (i) historisch gesehen, ist das Institut der Handelsgesellschaft veränderlich und notwendig; (ii) die Theorie der Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften.

Wie oben angedeutet, ist zum ersten Aspekt zu sagen, dass das Institut der Handelsgesellschaft historisch gesehen notwendig ist, da die Handelsgesellschaft Ende des 19. Jahrhunderts die wichtigste Form der Geschäftstätigkeit darstellte:

„Il numero e l'importanza delle imprese collettive aumenta con lo sviluppo economico, perché solo interessando all'impresa una pluralità di persone fisiche è possibile mettere insieme i grandi capitali necessari per la costituzione delle grandi imprese“²⁹⁶.

Daraus folgt, dass die neue Handelsgesetzgebung von 1882 den Vorschriften über die Handelsgesellschaften mehr Raum einräumen musste als im Codice di Commercio von 1865, um die Freiheit der wirtschaftlichen Initiative zu stärken²⁹⁷. Der Codice di Commercio von 1865 hatte bereits einige wichtige Neuerungen eingeführt²⁹⁸, die jedoch veraltet waren²⁹⁹ und „ben presto inadeguate allo svolgimento progrediente dello

²⁹⁵ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 1.

²⁹⁶ Die Unternehmensform der Gesellschaft war historisch für diejenigen gedacht, die ein gemeinsames Geschäft zu Gewinnzwecken gründen wollten. Die Weiterentwicklung dieser Unternehmensform erfolgte durch das Hinzufügen und nicht durch das Ersetzen von Betriebsmodellen. Dies führte zur Gestaltung eines Systems um das Konzept des Gesellschaftstyps herum.

²⁹⁷ „I fatti economici che hanno relazioni con l'istituto delle società commerciali trovansi ancora in un periodo di progressivo svolgimento, sicché i principii fondamentali del diritto devono seguire la continua influenza dei fatti nuovi, e la legge deve esercitare una giusta tutela sui molteplici interessi, ai quali l'astuzia e la libidine dei pronti guadagni, coll'abuso del credito e coi più raffinati avvedimenti, preparano pericolosi agguati“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883.

²⁹⁸ „Che le disposizioni del codice Albertino intorno alle società commerciali fossero ormai inadeguate allo svolgimento tuttodì progrediente dello spirito di associazione, ed ai bisogni di salde guarentigie contro speculazioni avventate o insidiose, era una verità avvertita già da lunga mano dal governo piemontese [...]“. Relazione del Ministro Guardasigilli sul codice di commercio del 1865 in udienza del 25 giugno 1865.

²⁹⁹ „Il bisogno di una riforma in quella parte importantissima della legislazione commerciale che riguarda le società di commercio, e, soprattutto, le società che hanno diviso per azioni il loro capitale, era universalmente sentito; imperocché le disposizioni del Codice precedente non corrispondevano più al maggiore sviluppo dello spirito di associazione, il quale richiede un sistema idoneo a conciliare la libertà e responsabilità privata, sciolta dai vincoli della ingerenza governativa, e liberata dai pericoli e dalle illusioni che ne sono inseparabili, con la necessità di ben altre efficaci guarentigie contro la frode e l'abuso della

spirito di associazione ed ai bisogni di salde guarentigie contro le speculazioni avventate e insidiose³⁰⁰. Der Codice di Commercio von 1882 schloss daraufhin die im vorherigen Gesetzbuch von 1865 enthaltenen Lücken, indem er sich an die neuen Handelsbedürfnisse anpasste, ohne jene Vorschriften des vorherigen Gesetzbuches zu ersetzen, die noch geeignet waren³⁰¹.

Eine Reform der Rechtsvorschriften in dieser Angelegenheit war so dringend, dass der betreffende Titel aus dem Vorentwurf des Gesetzbuches gestrichen und vom Minister Vagliani unverzüglich zur Genehmigung dem Senat unterbreitet wurde. Wenn nicht unvorhergesehene Ereignisse geschehen wären, wäre dieses Projekt sicher vor dem restlichen Gesetzbuch in Kraft getreten:

„Le molte ragioni, per le quali l'attenzione del paese è in questi tempi rivolta all'istituto giuridico-economico delle società commerciali, dovevano necessariamente consigliare, che alla relativa legislazione venisse data una precedenza particolare”³⁰².

aa. Exkurs: Die Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften

Was die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaften betrifft, so ist davon auszugehen, dass das nach 1882 in Italien vorherrschende System auf den Gegensatz³⁰³ zwischen zwei Arten von Gesellschaften beruhte: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die durch das Zivilgesetzbuch von 1865 geregelt war³⁰⁴, und die Handelsgesellschaft, die durch den Co-

buona fede”. Relazione della Commissione della Camera elettiva Nr. XV ff. zit. in E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 58-59.

³⁰⁰ Vgl. Relazione Mancini.

³⁰¹ „[...] la revisione delle leggi non si deve considerare come un'opera d'arte ed è inopportuno toccare alle disposizioni che non hanno fatto cattiva prova”. Memoria del ministro di agricoltura, industria e commercio Finali in Marghieri, Vorarbeiten.

„Non si dica adunque che la legge del 1865 non era sufficiente all'uopo; e difatti le stesse disposizioni sono mantenute dalla nuova legge e se il moderno legislatore usò un linguaggio, a mio avviso troppo acerbo contro gli amministratori, non si può dire che ne abbia aggravato la giuridica posizione. Però egli ha colmato una lacuna e l'ha colmata assai saggiamente estendendo al direttore delle Società quella responsabilità civile che di già gravava sugli altri amministratori“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 63.

³⁰² Sunto delle osservazioni e proposte fatte dalla Magistratura e dalle Università degli studi intorno al Titolo del progetto preliminare del Codice di commercio che tratta delle società e delle associazioni commerciali, in Marghieri, Vorarbeiten, Band III, S. 166.

³⁰³ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass der Gegensatz zwischen Gesellschaften, die für zivile Zwecke gegründet wurden, und Gesellschaften, die zu gewerblichen Zwecken gegründet wurden, nicht eindeutig war: „[...] le società civili e le società commerciali non costituivano due categorie chiuse, nel senso che i rapporti sociali civili dovessero apparire nella forma di società civile, e quelli commerciali nella forma di società commerciale, ma vi era tra di loro come un sistema di vasi comunicanti, per cui era consentito, sia pure in limitate ipotesi, alla società civile assumere la forma commerciale e viceversa“. F. Ferrara-F. Corsi, Gli imprenditori e le società, Kapitel VI, Sguardo alla disciplina delle società secondo il codice civile del 1865 ed il codice di commercio del 1882, Giuffrè, Mailand, 1992, S.197.

³⁰⁴ Nach Artikel 1967 des italienischen Zivilgesetzbuches von 1865 „La società è un contratto col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne

dice del commercio von 1882 geregelt war. Eine Abweichung der Handelsgesellschaft von den Grundsätzen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts war notwendig, um die Sozialbindung zu stärken und um die Schwächen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu überwinden. Dies galt vor allem für jene Tatsache, dass in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die gesellschaftliche Vertragsbindung keine Wirkungen gegenüber Dritten hatte³⁰⁵, die daher Anspruch auf das Gesellschaftsvermögen als Miteigentum zur Befriedigung der Forderungen gegenüber einem Gesellschafter geltend machen konnten. Folglich hatte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Solidität, da die Gefahr bestand, dass ein Teil des Gesellschaftsvermögens aus Gründen, die nicht in Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Tätigkeit standen, verloren gehen würde.

Der Handelsgesetzgeber löste diese Probleme, denn er verfügte, dass die Handelsgesellschaft ein von den Gesellschaftern getrenntes Rechtssubjekt war. Dies wurde sowohl im Codice di Commercio von 1865 (Art. 107: „Le tre prime specie di società [d.h. offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft] costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi separati e distinti dalle persone dei soci“), als auch im Codice di Commercio von 1882 (Art. 77, Abs. 3: „Le società [...] costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci“) vorgesehen. Auf diese Weise passten die Vorschriften des Handelsgesetzbuches besser zu den Erfordernissen des Handels. Die Gesellschaft hatte sich dadurch äußerlich verändert, denn es handelte sich nicht mehr um ein Schuldverhältnis zwischen mehreren Personen, sondern um ein eigenständiges Rechtssubjekt mit eigenem Vermögen, das für die Geschäftswelt bestimmt war.

Obwohl die Handelsgesellschaft also in den Gesetzbüchern Ende des 19. Jahrhunderts ausdrücklich als ein von den Gesellschaftern getrenntes Rechtssubjekt angesehen wurde, wurde die damit verbundene Qualifikation als juristische Person weder von der italieni-

potrà derivare“. Der Ausdruck „mettere qualche cosa in comunione“ wurde in einem breiten und allgemeinen Sinne verwendet. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts war daher ein sehr allgemeines System, das je nach den wechselnden Interessen der Parteien unterschiedlichste Formen annehmen konnte: „Poteva riguardare l'esercizio in comune di un'attività economica od il godimento di determinati beni o anche dell'intero patrimonio od avere per oggetto i guadagni che ciascuna delle parti avesse ricavato dalla propria industria: accanto alle società universali di beni o di guadagni si avevano le società particolari: accanto alle società particolari di godimento, quelle di esercizio. L'attività sociale poteva esercitarsi in nome comune o in nome di uno solo dei soci: costituiva società pure il contratto con cui si accordava una partecipazione agli utili e alle perdite della propria industria (società in partecipazione: art. 1725 cod. civ.)“. F. Ferrara – F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Kapitel VI, Sguardo alla disciplina delle società secondo il codice civile del 1865 ed il codice di commercio del 1882, Giuffrè, Mailand, 1992, S. 186.

³⁰⁵ Der Vertrag, auf den die Gesellschaft bürgerlichen Rechts beruhte, führte tatsächlich nur zu Verpflichtungen zwischen den Parteien. Daraus entstanden nur interne Verhältnisse. Die Gesellschaft war gegenüber Dritten irrelevant, als ob sie nicht existierte. „Certo, se fra i soci si era costituito un condominio sui beni conferiti, questo non era indifferente per i terzi: ma anche in tal caso non aveva per loro importanza la causa sociale che l'aveva costituito. I terzi si trovavano rispetto ai soci condomini nella identica posizione in cui stavano di fronte ad un altro gruppo di condomini: che il condominio fosse sorto per effetto del contratto di società od altrimenti, era privo di significato“. F. Ferrara, F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Kapitel VI, Sguardo alla disciplina delle società secondo il codice civile del 1865 ed il codice di commercio del 1882, Giuffrè, Mailand, 1992, S. 186.

schen³⁰⁶ noch von der ausländischen³⁰⁷ Lehre anerkannt. In den Vorarbeiten für den Codice di Commercio von 1882 wird in der Tat diskutiert, ob die Handelsgesellschaft eher als mystischer Körper oder als juristische Person eingestuft werden kann. Dabei wird Bezug auf die deutsche Gesetzgebung genommen, die die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften noch nicht ausdrücklich anerkannt hatte³⁰⁸:

„Eppure il Codice germanico, per timore che la società si considerasse come persona giuridica, si spinse tant'oltre che non volle nemmeno qualificarla come ente collettivo. [...] La collettività è così insita alla società, che poi il Codice germanico ha pur dovuto dare disposizioni, le quali sarebbero incompatibili, se non vi fossero che interessi dei singoli, e accanto agli interessi dei singoli non vi fosse un interesse collettivo, l'interesse sociale. [...] Ma se il legislatore germanico non volle esprimere rettamente questa unità sociale, non fu già perché la disconoscesse, bensì perché questa formale unità non si confondesse colla vera personalità giuridica”³⁰⁹.

Die ausdrückliche Einstufung der Handelsgesellschaft als juristische Person wurde erst später von der italienischen Lehre anerkannt, die dabei von der ausländischen Lehre, insbesondere von der deutschen, beeinflusst wurde:

„[La società] deve considerarsi come una persona giuridica perché ha diritti e obblighi patrimoniali, ed uno scopo speciale cui tende colle sue forze economiche. Questo principio, che fu una laboriosa sconfitta del diritto medievale italiano, è ora consacrato esplicitamente nei codici vigenti. Esso può formularsi così: la società commerciale costituisce una persona giuridica distinta dai soci tanto rispetto ad essi come rispetto ai terzi”³¹⁰; „Le società commerciali hanno la loro base imprescindibile in un contratto; ma questo contratto ha la virtù speciale di dar vita ad una persona che prima non esisteva, dotata di una propria volontà ed esplicante le funzioni più complesse e più audaci del credito e dell'industria. Questa persona tende oggi a prendere il posto delle persone individuali. In quanto persona nuova essa va per vie proprie, perseguendo durevolmente un proprio scopo e cioè la realizzazio-

³⁰⁶ Zu einer umfänglichen Zusammenfassung der Debatte, ob Gesellschaften als juristische Personen anzusehen sind (mit Prävalenz der positiven These) vgl. R. Bolaffi, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Giuffrè, Mailand, 1947, S. 287 ff.

³⁰⁷ In diesem Zusammenhang vgl. U. Bälz, *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. Manfred Lieb, Ulrich Noack, Harm Peter Westermann, Band I, Berlin/Bonn/München 1998, S. 35 und 469; T. Raiser, *AcP* 194 (1994), S. 495; K. Schmidt, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 177 (2013), S. 712; T. Raiser, *AcP* 199 (1999), S. 104; P. O. Mühlbert, *AcP* 199 (1999), S. 38.

³⁰⁸ „In Germania la personalità giuridica fu riconosciuta espressamente alle società a responsabilità limitata colla legge 20 aprile 1892 (par. 13), alle società coloniali colla legge 2 luglio 1899 e alle anonime col Codice di commercio 1900 (par. 33 e 210)”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band II, *Le società commerciali*, Mailand, 1912, S. 7, Fußnote Nr. 5.

³⁰⁹ Senatore Lampertico, in *Discussione al Senato*, in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 337.

³¹⁰ C. Vivante, *Istituzioni di diritto commerciale*, Mailand, 1926, S. 65.

ne di questa grande funzione economica, anche quando i soci che concorsero a costituirli si saranno dispersi o saranno morti – oppure lavoreranno per distruggerla. La società è dunque una persona giuridica perché ha una volontà propria e in quanto è fornita di mezzi destinati a conseguire il proprio scopo³¹¹; „Le osservazioni del testo [die die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaft betreffen] recano un contributo alla dottrina oggidì dominante sotto l’influenza germanica che considera la persona giuridica come un organismo giuridico, come una realtà organizzata dal diritto³¹².

Obwohl der Grundsatz der Rechtspersönlichkeit Ende des 19. Jahrhunderts vollständig anerkannt wurde, hat er eine lange Geschichte hinter sich.

Die Rechtspersönlichkeit wurde zuerst von der kanonischen und dann von der zivilen Rechtswissenschaft ausgearbeitet. Dabei basierte man sich auf die etymologische Herkunft des Wortes „persona“ durch die Metapher der persona ficta³¹³.

In den ersten Jahrhunderten der christlichen Ära begann das Wort persona langsam jene Bedeutung anzunehmen, die es heute noch hat. Im 14. Jahrhundert begann man die Grundlagen für eine Erneuerung des Rechtsgedankens zu legen, die dann durch die deutsche Pandektistik vollendet wurde. Anlass für eine eingehende Untersuchung des Themas war die Notwendigkeit zu betonen, dass der Wille der Kirche, verstanden als Glaubensgemeinschaft, weder die einfache mathematische Summe des Willens ihrer Mitglieder noch der Wille des Schutzpatrons ist, der sie vertritt, sondern der übergeordnete Wille der congregatio fidelium, d.h. des corpus mysticum Christi³¹⁴. Die Entwicklung der persona ficta war für die Juristen des 14. Jahrhunderts, die immer noch mit der römischen Tradition verbunden waren, allerdings kein besonderer Erfolg und die Arbeiten daran wurden daher für einige Zeit stillgelegt, bevor sie wieder zu einem bedeutenden Thema wurden.

Eine weitere wichtige Etappe in der Geschichte der juristischen Person, ist den Juristen der Naturrechtsphilosophie zu verdanken, insbesondere Pufendorf, der als erster den einheitlichen Begriffs der persona moralis geprägt hat, der sowohl die als simplices qualifizierten Personen als auch die als compositae qualifizierten Personen umfasst.³¹⁵

³¹¹ C. Vivante, La personalità giuridica delle società commerciali, in Riv. dir. Comm. ind. e marit., Band I, 1903, S. 1 ff.

³¹² C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 4.

³¹³ „Universitas proprie non est persona, tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristas“, Bartolo da Sassoferrato, und „Immagio quaedam quae magis intellectu quam sensu percipitur“, Baldo degli Ubaldi, zit. in F. Galgano, Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto, Il Mulino, 2010, S. 25 ff.

³¹⁴ Vgl. E. Ruffini, Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico, in Archivio giuridico, Band 93, 1925; V. Roberti, Il Corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica, in Studi di storia del diritto in onore di E. Besta, Band IV, Mailand, 1939, S. 35 ff.

³¹⁵ Das Konzept der moralischen Entität wird von Pufendorf im Rahmen einer Studie über die wesentlichen Strukturen des Universums erarbeitet. Vgl. F. Todescan, Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico, Band 11-12, 1982-1983.

Die Phase der Naturrechtsphilosophie war von enormer Wichtigkeit, da die Suche nach einer einheitlichen subjektiven juristischen Figur den Grundstein für die kulturelle und philosophische Revolution des 19. Jahrhunderts legte, das für die juristische Person ein glorreiches Jahrhundert war. Trotz der Ausarbeitung einer auf der Metapher der persona ficta beruhenden Lehre, wurden vor dem 19. Jahrhundert andere Rechtssubjekte, die keine Menschen waren, von den Rechtssystemen nicht anerkannt. Es wurde nur zwischen Rechten und Pflichten von Individuen als Einzelpersonen (*res communia pluribus uti singuli*) und Rechten und Pflichten von Individuen als Mitglieder einer organisierten Gruppe (*res communia pluribus uti universi*) unterschieden. Dem Begriff der juristischen Person, der Mitte des 19. Jahrhunderts entstanden war, liegt eine genaue philosophische Überzeugung zugrunde: die Existenz der Rechte anderer Subjekte in der Welt neben den Menschen, den Inhabern ihrer Rechte und Pflichten. Der Begriff der juristischen Person wird im 19. Jahrhundert als Rationalisierung der vom Bürgertum eroberten Machtposition in die Gesetzessprache aufgenommen³¹⁶.

Im 19. Jahrhundert stellen Savigny³¹⁷ und die Pandektistik die juristische Person als *fic-tio juris* dar, die von der Rechtsordnung verwendet wird, um den Anforderungen der Gesellschaftsorganisation und der Vereinfachung des juristischen Verkehrs gerecht zu werden (Fiktionstheorie). Daher ist der Mensch von Natur aus ein Rechtssubjekt, während juristische Personen vom Gesetz aus Rechtssubjekte sind³¹⁸.

Die Fiktionstheorie unterlag Ergänzungen und Überarbeitungen, die ihre Verbreitung auch außerhalb Deutschlands begünstigten. Es ist interessant festzustellen, dass die Vorarbeiten des italienischen Zivilgesetzbuches von 1865 – die zeitgleich mit der Veröffentlichung von Savignys Studien stattfanden – eindeutig von der Fiktionstheorie beein-

³¹⁶ Das Bürgertum hatte bereits vor der Eroberung der Macht die Gleichheit aller Bürger gepredigt. Als das Bürgertum an die Macht kam, konnte es den eigenen Aussagen nicht widersprechen. Es musste Lehrtexte verfassen, die die dem Bürgertum vorbehaltenen Privilegien verdeckten und die sich auf den Gleichheitssatz zurückführen ließen. Das Konzept der juristischen Person soll daher die hegemonialen Bestrebungen der neuen Klasse tarnen und soll diese Funktion sowohl im Bereich des öffentlichen Rechts als auch im Bereich des Privatrechts erfüllen. Vor allem erlaubt das Konzept einer juristischen Person, die inneren Beziehungen der politischen Gesellschaft radikal neu zu gestalten: Souveränität wird nicht mehr wie früher als Attribut einer Person oder einer Klasse verstanden, sondern wird zu einem Attribut eines abstrakten Körpers, des Staates als juristische Person, eine Einheit, die sich von allen Bürgern und allen Klassen unterscheidet, einschließlich derselben herrschenden Klasse. Im Bereich des Privatrechts erfüllt der Begriff der Gesellschaft-als juristische Person unter seinen vielen Funktionen ähnliche Funktionen wie der Staat als juristische Personen. Die Analogie der Funktionen zeigt sich in den Beziehungen innerhalb der Handelsgesellschaft: die Personifizierung der Gesellschaft als von den Personen der Gesellschaft getrennte Einheit sollte den Eindruck erzeugen, dass bei der Gesellschaft Interessen im Spiel stünden, die dem Interesse der Gesellschafter übergeordnet waren. Vgl. F. D'Urso, *Individuo, Genossenschaft, Stato. I motivi ispiratori del "Theorienstreit" ottocentesco sulla personalità giuridica*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur.*, Band XXII, 2008.

³¹⁷ Vgl. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840.

³¹⁸ „L'aver degradato la personalità degli enti diversi dall'uomo a mera finzione servi al Savigny per ribadire il concetto che l'intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all'individuo che venivano assimilate attraverso un procedimento di finzione queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi in vista di particolari scopi a suo arbitrio“. R. Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, Turin, 1968, S. 20 ff.

flusst wurden. Dies wird durch Artikel 2 des fertigen Zivilgesetzbuchs bestätigt, in dem es heißt:

„I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”.

Das Zivilgesetzbuch von 1865 nahm die Theorie der Rechtspersönlichkeit in Bezug auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht an³¹⁹, während das Handelsgesetzbuch von 1865 sie in Bezug auf Handelsgesellschaften annahm, indem es in Artikel 107 vorsah, dass

„Le tre prime specie di società [d.h. offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft] costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi separati e distinti dalle persone dei soci”.

In konsistenter Weise hat das ADHGB die Gesellschaft als juristische Person betrachtet, wie sich aus Artikel 121 ergibt:

„Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch theilweise statt; nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die

³¹⁹ „Nel seno della Commissione del 1865 incaricata di rivedere il Codice civile io proposi che sull'esempio del codice civile austriaco (art. 26) tutte le società lecite, civili o commerciali, legittimamente costituite, fossero espressamente riconosciute come enti collettivi dotati di una personalità giuridica, affine di evitare gli inconvenienti pratici che possono derivare dal silenzio della legge intorno a quel punto importantissimo. Ma la proposta non fu accettata. Non si contestò teoricamente il principio professato da eminenti scrittori, che qualunque società al cospetto del diritto razionale abbiassi a considerare come un corpo morale. Ma si disse che praticamente ciò poteva ammettersi nelle società commerciali, perché esse dall'un canto, siccome necessariamente fondate sopra numerose e frequenti relazioni coi terzi, non potrebbero né concepirsi né efficacemente esistere tranne a condizione di essere corpo morali; e dall'altro canto hanno un oggetto pubblico, certo, determinato e facilmente apprezzabile in tutti i rapporti, cioè il commercio; che ciò non poteva ugualmente affermarsi per le società civili”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 6, Fußnote Nr. 5.

„Questa differenza fra i due tipi di società (civile e commerciale) si sintetizza nella dottrina prevalente e nella giurisprudenza dominante con l'asserzione che le società commerciali sono fornite di personalità giuridica, la quale manca invece alle società civili. Tocchiamo così un problema che ha dato e dà luogo a discussioni di cui è vano preveder prossima la fine, se non intervenga qualche esplicita disposizione legislativa a troncarle. Per fortuna le conseguenze delle contrastanti affermazioni di principio (ammissione o negazione della personalità giuridica) sono nella applicazione pratica della disciplina delle società commerciali molto meno gravi di quel che si potrebbe supporre, poiché le due tesi debbono necessariamente avvicinarsi sul terreno delle esplicite norme particolari del Codice, e perché esse in gran parte si combattono partendo da diversi criteri di sistemazione o di classificazione dogmatica”. A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 7.

*Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist*³²⁰.

Gierke lehnte diese Ansicht ab, da er der Meinung war, dass die Fiktionstheorie die Realität falsch darstellte und dass der Gesetzgeber bei der Regulierung juristischer Personen nichts anderes tat, als die tatsächliche Existenz von Strukturen zur Kenntnis zu nehmen, die neben dem Menschen schon vorher bestanden. Danach führt der Gesetzgeber mit der juristischen Personen nichts neues ein, sondern erkennt lediglich die Existenz von natürlichen Körperschaften an, die sich vom Menschen (und somit von einem realen Phänomen) unterscheiden, und fügt nur das formelle Kriterium der rechtlichen Anerkennung hinzu. Der Eingriff des Gesetzgebers ist daher kein schöpferischer, sondern eine bestätigender Eingriff, durch den eine bestehende Struktur mit einer realen Grundlage (realistische oder organische Theorie) zum Rechtssubjekt gemacht wird³²¹. Die organische Theorie war ebenfalls Gegenstand von Ergänzungen und Überarbeitungen, die ihre Verbreitung und ihren schnellen Erfolg auch außerhalb Deutschlands³²² begünstigten, insbesondere in Italien, wo diese Theorie unter den italienischen Juristen schon lange im Mittelpunkt der Debatte über die Rechtspersönlichkeit stand³²³. Besonders in Bezug auf die Handelsgesellschaften, die vom Codice di Commercio von 1882 geregelt werden, scheint die italienische Lehre die organische Theorie anzunehmen. Dazu erklärt Cesare Vivante:

*„La società è [...] una persona giuridica che ha un contenuto reale, cioè una volontà propria organizzata a difesa del proprio scopo. La legge la riconosce ma non la crea. La legge riconosce come soggetto di diritto un ente che già esiste nella realtà. [...] Se il diritto vuole andare d'accordo colla vita, deve riconoscerle perché esse costituiscono altrettanti subietti di attività economica e giuridica realmente esistenti*³²⁴ und erklärt Alfredo De Gregorio: *„[...] la personalità giuridica non sorge per volontà delle parti, in quanto esse mettano insieme un certo patrimonio destinato secondo la loro volontà a comportarsi autonomamente nelle esplicazioni di affari commerciali, ma in quanto la legge attribuisce questo effetto ad un certo contratto od atto, sem-*

³²⁰ „L'Art. 121 ADHGB è conforme al codice di commercio italiano perché prevede che se la società fa valere un credito verso un terzo, questi non può opporle in compensazione il credito che ha verso un socio: se lo potesse fare, priverebbe la società del suo avere. E ancora, se il terzo fa valere un credito contro la società, questa non può opporgli in compensazione un credito del socio tolto il caso in cui ne abbia avuta la cessione, perché quel credito non le appartiene. [...] questa cessione potrebbe essere fatta anche in giudizio, ma la società dovrebbe pagarne le spese. Così la giurisprudenza del tribunale supremo di commercio in Germania, *Entscheid.*, VI p. 419, e del Tribunale supremo dell'Impero, *Entscheid.*, XI, pag. 116 e la copiosa letteratura che vi è ricordata". C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band II, *Le società commerciali*, Mailand, 1912, S. 24-25.

³²¹ Gierkes Theorien werden im folgenden Werk geschildert, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1877, S. 22.

³²² Über die Verbreitung dieser Lehre über die Grenzen Deutschlands hinaus, insbesondere in Italien und in Frankreich vgl. F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Rom, 1921, S. 232 ff.

³²³ Vgl. z.B.: Callegari, *Per la codificazione delle persone giuridiche. Osservazioni e proposte*, in *Riv. dir. Civ.*, 1927, S. 3 ff.; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Rom, 1921, S. 603 ff.

³²⁴ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band II, *Le società commerciali*, Mailand, 1912, S. 4.

*pre destinato alla formazione del suaccennato patrimonio, purché compiuto attraverso l'osservanza di specifiche condizioni poste dalla legge stessa*³²⁵.

Die Debatte über das Konzept der juristischen Person ist nicht abgeklungen und wurde von den italienischen (insbesondere Tullio Ascarelli und Francesco Galgano) und deutschen (Rudolf von Jehring und Hans Kelsen) Juristen des zwanzigsten Jahrhunderts einer tiefgreifenden kritischen Überarbeitung unterzogen. Nachdem die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaft von der italienischen Rechtswissenschaft anerkannt worden war, betraf in Italien die moderne Debatte über die Rechtspersönlichkeit die Frage, welche Gesellschaftsformen mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet waren. In der Tat hat die Formulierung des Codice di Commercio von 1882, in dem die drei Gesellschaftstypen als Ganzes definiert werden – offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft – als „enti collettivi distinti dalle persone dei soci“ (Artikel 77, Abs. 3), in der damaligen Lehre zu einem lebhaften Streit darüber geführt, ob alle Gesellschaften als juristische Personen zu betrachten seien. Der italienische Gesetzgeber von 1942 hat beschlossen, den Streitfall auf salomonische Weise zu lösen: Der Begriff der juristischen Person ist auf Kapitalgesellschaften (d.h. Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung – die einem Erwerbszweck dienen; Genossenschaften und Versicherungsvereine – die einem gegenseitigen Zweck dienen) beschränkt, die sich durch eine auf das Gesellschaftsvermögen begrenzte Haftung auszeichnen (Artikel 2331 des italienischen Zivilgesetzbuchs, der für alle Aktiengesellschaften gilt). Die Rechtspersönlichkeit wird hingegen den Personengesellschaften verweigert, die eine unvollkommene Vermögensautonomie haben.

b. Relevante Gesetzesänderungen bei der Neuregelung der Handelsgesellschaften

Der Codice di Commercio von 1882 widmet den Handelsgesellschaften zahlreiche Artikel des ersten Buches, genauer gesagt Artikel 76 bis 232 von Titel IX mit dem Titel „Delle società e delle associazioni commerciali“ (im Vergleich zu den nur 70 Artikeln, von 106 bis 176 Titel VII, die im vorherigen Codice di Commercio von 1865 die Vorschriften über die Gesellschaften enthielten).

Der Codice di Commercio von 1882 sieht drei Gesellschaftsformen vor. Erstens, die offene Gesellschaft, „nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci“ (Art. 76, Nr. 1). Sie besteht in der Regel aus wenigen Gesellschaftern, die durch gegenseitiges Vertrauen miteinander verbunden und mit einigen finanziellen Mitteln ausgestattet sind, die durch den Einsatz persönlicher Fähigkeiten zur Gewinnerzielung führen³²⁶. Zweitens, die Kommanditgesellschaft (auch auf Ak-

³²⁵ A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 123-125.

³²⁶ „Si preferisce questa forma ove sono necessarie prontezza e libertà d'azione, dovè importante la segretezza, ove la direzione esige attitudini disparate. Difficilmente riescono ad ottenere durevolmente un credito esteso perché sono esposte alle crisi economiche che colpiscono i soci, risentono l'influenza dei loro dissidi, delle loro malattie, della loro morte. Pei limiti che la natura stessa impone all'attività e al credito dei soci in nome collettivo, queste imprese sono spesso costrette a trasformarsi nella forma dell'accomandita

tien), „nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di uno o più soci accomandatari e dalla responsabilità di uno o più soci accomandanti limitata ad una somma determinata che può anche essere rappresentata da azioni” (Art. 76, Nr. 2). Bei dieser Gesellschaftsform werden gesellschaftliche Verpflichtungen sowohl mit dem Gesellschaftskapital als auch durch die uneingeschränkte und solidarische Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter (Komplementäre) abgesichert, während die anderen Gesellschafter (Kommanditisten) nur begrenzt für das von ihnen gewährte oder zugesagte Gesellschaftskapital haften. Bei den Kommanditgesellschaften unterscheidet man zwischen Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Der Unterschied ist davon abhängig, ob das Gesellschaftskapital aus Anteilen oder Aktien besteht³²⁷. Drittens, die Aktiengesellschaft, „nella quale le obbligazioni sociali sono garantite soltanto limitatamente ad un determinato capitale, e ciascun socio non è obbligato che per la sua quota o per la sua azione” (Art. 76, Nr. 3). Es handelt sich um eine Gesellschaft, deren Sozialpaket so fragmentiert ist, dass sie dadurch anonym wird, d.h. nicht auf ein einzelnes und stabiles Eigentum zurückgeführt werden kann³²⁸. Die Genossenschaft wird im Paragraph 4 behandelt.

e dell'anonima per azioni col prospero sviluppo dei loro affari”. C. Vivante, *Istituzioni di diritto commerciale*, Mailand, 1926, S. 67-68.

³²⁷ „Il capitale delle società in accomandita può essere diviso in quote o in azioni tanto per la parte conferita dagli accomandanti che per quella conferita dagli accomandatari (art. 131). È necessario distinguere la società che ha il capitale diviso in quote, e si dice anche accomandita semplice, dall'accomandita per azioni, perché è diversa la loro disciplina giuridica, amministrativa e fiscale. Spesso i contraenti dissimulano col nome di quote o di carati la divisione del capitale in azioni; ma è necessario scoprire l'inganno, affinché non si sottraggano alle norme imperative che regolano la costituzione della società per azioni, la pubblicità de' suoi bilanci, la responsabilità civile e penale de' suoi amministratori, la esazione delle pubbliche imposte e in ispecie della tassa di circolazione. Disgraziatamente, manca un segno costante per distinguerle. [...] Non vi ha un elemento decisivo per cogliere questa differenza. Bisogna elevare l'indagine a tutto l'organismo sociale per determinare se l'accomandita è semplice o per azioni. Il concetto complessivo che può servire di guida per la distinzione dev'essere questo, che nell'accomandita per azioni l'importanza dei capitali predomina su quella personale del socio amministratore. La facile circolazione delle azioni, che dipende principalmente dalla emissione dei titoli, dalla loro eguaglianza, dalla tenuità del loro valore, dalla libertà della loro cessione, dal grande numero, dalla loro quotazione nelle borse; il potere dell'assemblea di revocare i gerenti che non godono la sua fiducia sono i segni giuridici più frequenti della maggiore considerazione in cui si tiene il capitale in confronto delle persone, e quindi i tratti caratteristici dell'accomandita per azioni. Ma il giudice, piuttosto che questo o quel segno separatamente, considererà il loro complesso per decidere se la società sia in accomandita semplice o per azioni”. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band II, *Le società commerciali*, Mailand, 1912, S. 177-179.

³²⁸ „La società anonima è una persona giuridica che esercita il commercio col suo patrimonio formato dai conferimenti dei soci. Ciò che costituisce il suo carattere essenziale, ciò che la distingue dalle precedenti forme di società sta in ciò che nessuno dei soci è obbligato personalmente a rispondere dei debiti sociali: essa non offre in garanzia il patrimonio particolare dei soci o di taluno di essi, ma solamente il proprio. Appunto per ciò la si dice una società di capitali, in antitesi alla società in nome collettivo che si dice società di persone. [...] La divisione del capitale sociale in azioni agevola la ripartizione dei benefici fra gli azionisti e in generale tutta la gestione amministrativa della società [...]. Le società anonime, come lo dice la stessa parola, non esercitano il commercio con una ragione sociale, né col nome dei soci, ma con un titolo che designa l'oggetto della loro industria, per esempio: Società delle ferrovie adriatiche, delle assicurazioni generali. I loro amministratori non contraggono alcuna responsabilità personale per quanto fanno in nome della società entro i limiti dei poteri che furono ad essi conferiti. Quando la società si scioglie i creditori possono esercitare i loro diritti su tutto il patrimonio sociale, ma quando questo

Die wichtigsten Neuerungen, die mit der neuen Regelung über die Handelsgesellschaften eingeführt wurden, können in elf Punkten zusammengefasst werden.

1) Bereits 1861 war die Abschaffung der Notwendigkeit einer Regierungsgenehmigung zur Gründung von Aktiengesellschaften verlangt worden. Die Handelsrechtskodifikation von 1865 hatte die Genehmigungspflicht beibehalten, die Frage wurde jedoch sofort eines der Hauptthemen der Diskussion über eine mögliche neue Handelsrechtskodifikation. Die Kommission zur Reform des Handelsgesetzbuches sah 1869 bereits in ihrem Entwurf die volle Freiheit bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft vor. Streitig und im Widerspruch zu den Regierungsvorstellungen blieb zunächst die Frage, ob wenigstens eine formelle Gründungskontrolle durch den Notar oder das Gericht erfolgen sollte. Gerade die letztgenannte Regelung, die eine formale Kontrolle der Gründungsakte durch das Gericht vorsah, wurde in die Handelsrechtskodifikation von 1882 aufgenommen.

2) Um die Erfüllung der Formalitäten zu gewährleisten, die für die rechtliche Gründung der Gesellschaft erforderlich sind, werden bestimmte Strafen vom Gesetz festgelegt. Der Gesellschaftsvertrag muss durch schriftliche Urkunde geschlossen werden, denn ansonsten gilt die Gesellschaft nicht als rechtskräftig gegründet. Das Fehlen der schriftlichen Urkunde und der für offene und Kommanditgesellschaften vorgesehenen Veröffentlichung berechtigt die Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu fordern. Die Gesellschafter der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien können beantragen, von jeder Verpflichtung befreit zu werden, wenn die für die Einreichung der Gründungsurkunde in der Geschäftsstelle des Gerichts vorgeschriebenen Formalitäten nicht fristgerecht erfüllt wurden. Alle Handlungen, die sich auf Änderungen beziehen, die im Gründungsvertrag der Gesellschaft aufgezeigt werden, müssen veröffentlicht werden und wenn diese Verpflichtung nicht erfüllt wurde, gelten die Handlungen als unwirksam.

3) Während das vorherige Handelsgesetzbuch die Zeichnung bei Aktiengesellschaften mit beschränkter Haftung nur für vier Fünftel des Kapitals erlaubte, sieht der Codice di Commercio von 1882 vor, dass solche Gesellschaften nicht gegründet werden können, wenn das Kapital nicht zur Gänze gezeichnet wird, um eine größere Sicherheit zu gewährleisten. In Bezug auf den Teil des Kapitals, der tatsächlich eingezahlt werden muss, erschien der nach dem Codice di Commercio von 1865 verlangte Anteil von einem Zehntel der gezeichneten Anteile zu gering und unzureichend und es wurde die Zahlung von mindestens drei Zehntel vorgeschrieben, um eine größere Sicherheit für die Seriosität der Geschäfte und den Willen der Vertragspartner zur Erfüllung der gesellschaftlichen Verpflichtungen zu garantieren. Die Ausgabe neuer Aktien ist solange untersagt, bis die ersten vollständig bezahlt sind.

4) Die Aufgaben der Vorstandmitglieder sind klar festgelegt und die Erfüllung ihres Amtes durch eine strenge Haftung sichergestellt. Die Vorstandmitglieder haften gegen-

è esaurito nulla di più possono pretendere". C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 80-81.

über den Gesellschaftern und Dritten solidarisch für: (i) die Richtigkeit der geleisteten Zahlungen; (ii) das tatsächliche Vorhandensein gezahlter Dividenden; (iii) das Bestehen der gesetzlich vorgeschriebenen Bücher und der regelmäßigen Buchführung; (iv) die genaue Erfüllung der Beschlüsse der Hauptversammlungen; (v) die genaue Einhaltung der ihnen durch das Gesetz, die Gründungsurkunde und die Satzung auferlegten Pflichten. Die Verantwortung der Verwalter erstreckt sich auf den Geschäftsführer (im Gegensatz dazu, war der Geschäftsführer im Handelsgesetzbuch von 1865 dem Vorstand untergeordnet. Er war nur der erste der Angestellten und hatte daher keine Verantwortung gegenüber Dritten und Gesellschaftern, sondern nur in seinen Beziehungen mit dem Vorstand, dessen Anordnungen er vollstreckte). Die Position des von der Mehrheitsmeinung abweichenden Vorstandsmitglieds wurde ebenfalls geklärt. Dieses wird von jeglicher Verantwortung befreit, wenn es unverzüglich seine abweichende Meinung im Register der Beschlüsse festhält und den Mitgliedern des Aufsichtsrats schriftlich Bescheid gibt, die, indem sie ihre Zustimmung zur Mehrheitsentscheidung ablehnen, die Befürworter des Beschlusses für die Verluste verantwortlich machen, die sie gegenüber der Gesellschaft erleiden. Sobald die Verantwortlichkeit der Vorstandmitglieder feststeht, legt das Gesetz fest, wer ein Verfahren einleiten darf und folgt dabei einer strengen Logik, denn die Vorstandmitglieder sind die Vertreter der Gesellschaft. Das Gesetz bestimmt, dass die sich aus dem Mandat ergebenden gerichtlichen Maßnahmen von der Hauptversammlung eingeleitet werden können, die diese durch Mitglieder des Aufsichtsrats ausüben. Jeder Gesellschafter hat jedoch das Recht, den Mitgliedern des Aufsichtsrats die Tatsachen mitzuteilen, die er für beanstandenswert hält, und die Mitglieder des Aufsichtsrats müssen die Hauptversammlung unverzüglich einberufen, wenn sie die Beschwerde der Vertreter von mindestens einem Zehntel des Grundkapitals sehen. Im Falle eines Beschlusses der Hauptversammlung, der offensichtlich gegen die Gründungsurkunde, die Satzung oder das Gesetz verstößt, steht allen Gesellschaftern eine individuelle gerichtliche Klage zu.

5) Das Handelsgesetzbuch enthält auch wichtige Bestimmungen zur Hauptversammlung von Aktiengesellschaften. Um die Freiheit der Gesellschafter zu gewähren und gleichzeitig jedes berechnigte Interesse wirksam gegen die Gefahren von Bösgläubigkeit und Betrug zu schützen, wird festgelegt, wann und wie die Hauptversammlungen von wem einberufen werden sollen, wer aufgerufen werden soll mit Stimmrecht zu intervenieren und auf welche Weise, welche Rechte die Mehrheit und die Minderheit haben und was die Beschlüsse bewirken. Die Hauptversammlung muss jedes Jahr innerhalb von drei Monaten nach Ende des Geschäftsjahres einberufen werden. Die Vorbereitungstreffen und jene die vor der Festlegung der Gründungsurkunde stattfinden, werden von den Initiatoren einberufen und die auf die Gründungsurkunde folgenden Versammlungen werden von den Vorstandsmitgliedern oder den Mitgliedern des Aufsichtsrats, wenn die Vorstandsmitglieder ihre Pflicht nicht erfüllen, einberufen. Das Recht zu wählen, solange der Gesellschaftsvertrag nicht besteht, haben alle, die versprochen haben, sich der Gesellschaft anzuschließen. Es wird bei jenen die abwesend sind, aber sich schriftlich dazu verpflichtet haben sich der Gesellschaft anzuschließen, von der Zustimmung aus-

gegangen. Nach der Gründung der Gesellschaft muss jeder Gesellschafter in der Hauptversammlung stimmberechtigt sein. Für die Gültigkeit der Beratungen im Schweigen des Vertrags ist das Eingreifen so vielen Gesellschaftern erforderlich, dass sie die Hälfte des Gesellschaftskapitals darstellen. Eine stärkere Mehrheit ist jedoch erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag und bestimmte Beschlüsse von besonderer Bedeutung geändert werden müssen.

6) Das vorherige Handelsgesetzbuch sah vor, dass die Gesellschaft Schuldverschreibungen oder andere Inhaberpapiere erst dann ausgeben kann, wenn das gesamte Gesellschaftskapital eingezahlt wurde, und dass der Betrag der Schuldverschreibungen und Wertpapiere den Betrag des eingezahlten Kapitals nicht überschreiten darf. Diese Bedingungen schienen zu streng zu sein und verursachten in der Praxis schwere Nachteile. Der Codice di Commercio von 1882 war offener für die Ausgabe von Schuldverschreibungen durch Gesellschaften und sah besondere Garantien diesbezüglich vor. Insbesondere ist für die Beschlussfassung über die Ausgabe von Schuldverschreibungen eine besondere Mehrheit erforderlich, und es werden zahlreiche Warnungen bezüglich der Durchführung der Hinterlegung von Wertpapieren in der Depositen – und Darlehenskasse und der Veröffentlichung der Urkunde für die Zeichnung der Schuldverschreibungen, bezüglich des Wegs, die Zeichnungen zu sammeln, und bezüglich der Form der Schuldverschreibungen aufgestellt. Es wurde das Verbot der Ausgabe von Schuldverschreibungen für die Summe, die das eingezahlte und nach der letzten Bilanz noch bestehende Kapital übersteigt, aufgestellt.

7) In Bezug auf die Bilanz der Gesellschaften sieht das Handelsgesetzbuch die rechtzeitige Aufstellung und Vorstellung der Bilanz vor und regelt deren Form und Veröffentlichung und stellt nützliche Garantien gegen die Fahrlässigkeit oder die bösen Absichten der Vorstandsmitglieder im Interesse der Gesellschafter und Dritter her. Die Bilanz muss einen Hinweis auf das tatsächlich existierende Kapital und auf die Summe der noch ausstehenden und noch zu leistenden Zahlungen enthalten und muss die tatsächlich erzielten Gewinne und Verluste wahrheitsgetreu nachweisen. Es ist absolut verboten, Dividenden an die Gesellschafter zu auszuzahlen, außer für tatsächlich erzielten Gewinne, die sich aus der genehmigten Bilanz ergeben.

8) Eine der wichtigsten Neuerungen des Handelsgesetzbuchs in Bezug auf die Gesellschaften ist die Einführung des Aufsichtsrats. Die Unmöglichkeit für die Interessenten, die Handlungen der Vorstandsmitglieder zu überwachen, hatte zur Folge, dass ein ständiges spezielles Organ erforderlich war, dass eine kontinuierliche und wirksame Überwachung durchführte. Dem Handelsgesetzbuch zufolge muss jede Aktiengesellschaft drei oder fünf Aufsichtsratsmitglieder haben, die unter den Gesellschaften oder sogar den Nichtgesellschaftern ausgewählt und von der Hauptversammlung gewählt werden. Das Gesetz legt die Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrats klar fest. Sie verfügen über das umfassendste Mandat eine direkte und fortlaufende Überwachung aller sozialen Angelegenheiten, Register, Fonds und Bilanz auszuüben, wobei sie die Befugnis haben, die Hauptversammlung einzuberufen. Die Verantwortung der Mitglieder des Aufsichtsrats wird durch die Grundsätze des Mandats geregelt.

9) Das Gesetzbuch regelt eine neue Gesellschaftsform, die bereits vorher durch Wohnheitsrecht entstanden ist: die Genossenschaft. Genossenschaften sind Gesellschaften mit variablem Kapital, die ihre Tätigkeit im Dienste ihrer Mitglieder ausüben. Ihr Zweck besteht darin, ihren Gesellschaftern Waren, Dienstleistungen oder Arbeitsmöglichkeiten zu günstigeren Konditionen als auf dem Markt üblich anzubieten, um einen Vorteil zu erzielen. Die Genossenschaften gehen aus den bescheidensten Schichten der Gesellschaft (Arbeitnehmer, Verbraucher, Kleinbauern und Kleinunternehmer, d.h. Bürger oder andere Organisationen, die philanthropische Initiativen ergreifen) hervor. Der italienische Gesetzgeber betrachtet die Genossenschaft nicht als eine neue Gesellschaftsform und lässt daher die Wahl der Form zu. Er schreibt jedoch vor, dass sie immer einigen Bestimmungen, die für Aktiengesellschaften gelten, unterliegt.

10) Der Gesetzgeber von 1882 bestimmte, dass der Charakter der Handelsgesellschaft durch ihren Unternehmenszweck bestimmt werden muss und nicht durch die Form, die sie annimmt, die eher als nebensächlich gilt. Er stellte daher fest, dass die Gesellschaftsform nicht ausreicht, um der Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen Handelscharakter zu verleihen. In dem Handelsgesetzbuch heißt es jedoch, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Handelsform einer Aktiengesellschaft annehmen können, während sie den Charakter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts behalten und in diesem Fall unterliegen sie dem Handelsrecht, mit Ausnahme der Vorschriften über den Konkurs und die Gerichtsbarkeit. Es ist klar, dass der Gerichtshof bei der Feststellung, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtmäßig eine Geschäftsform annimmt, prüfen muss, ob der Zweck der Gesellschaft ein vom Zivilgesetzbuch zugelassener Zweck ist.

11) Schließlich hat der Gesetzgeber Regelungen in Bezug auf die Handelsgeschäfte, die ausländische Gesellschaften in Italien tätigen, festgelegt. Vor allem betreffend den Rechten, die sie ausüben können, und ihrem Recht, Niederlassungen oder Anlagen zu errichten. Das Gesetz vom 27. Oktober 1868 regelte nur die Behandlung ausländischer Gesellschaften in Bezug auf Frankreich, während es in Bezug auf die anderen Staaten der Regierung das Recht einräumte, besondere diplomatische Erklärungen zu abzugeben. Daraus ergab sich eine ungerechte Behandlung der Staaten, mit denen keine Vereinbarung über die Handelsbeziehungen getroffen wurde³²⁹.

³²⁹ Bis zum 19. Jahrhundert verließen die Einrichtungen selten die nationalen Grenzen und führten ihre Aktivitäten im Ausland aus. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Notwendigkeit einer vollständigen Regulierung der Übertragung von Gesellschaften jedoch immer dringlicher und das Problem der Anerkennung ausländischer Einrichtungen wurde von der Lehre und der Rechtsprechung aufgegriffen (dies ging Hand in Hand damit, dass die Nationalstaaten ein rasches Wirtschaftswachstum erlebten, möglicherweise durch den internationalen Handel und die industrielle Revolution gefördert, was zu einer exponentiellen Zunahme der Zahl der Gesellschaften und der Leichtigkeit ihrer Geschäftstätigkeit geführt hat): „Dal carattere cosmopolitico del commercio è derivato un fatto che divenuto frequentissimo negli ultimi tempi per la meravigliosa facilità delle comunicazioni, recò allo studio degli scrittori ed alle discussioni della giurisprudenza non poche quistioni intorno alla condizione giuridica delle società legalmente costituite secondo le leggi dello Stato a cui appartengono, rispetto alle operazioni ch'esse facciano in paese estero, ai diritti che possano esercitarvi, e rispetto alla loro facoltà d'istituire fuori del proprio Stato succursali o stabilimenti". Relazione di Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 631; „Ci si rendeva, del resto, sempre più conto del fatto che, come sottolineato

Insgesamt scheinen die neuen Vorschriften über die Handelsgesellschaften – eines der schwierigsten und heikelsten Themen, „dalla quale dipende tanta parte della prosperità economica del paese“³³⁰ – dazu da zu sein, um die Rechte der verschiedenen Interessenträger abzuwägen³³¹ und um Dritte zu schützen³³², indem sie den Gesellschaften trotzdem

da Bar L. (von), *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, [...] il riconoscimento delle società straniere avrebbe prodotto effetti positivi anche sull'economia dello Stato che le riconosceva, apportando nuovi capitali ed incrementando occupazione e ricchezza”. G. Magri, *Il riconoscimento delle società straniere dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *Trattato società di persone*, Band II, F. Preite-C. Alberto Busi, Utet, 2015. Mit dem Handelsgesetzbuch wurde erstmals eine allgemeine Disziplin hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Gesellschaften eingeführt. Diese Disziplin sah allgemeine Regeln über die Anerkennung der ausländischen Gesellschaften vor, die die Gleichbehandlung ausländischer Investoren und derjenigen, die mit ausländischen in Italien handelnden Gesellschaften tätig sind, garantierten. Die Notwendigkeit, die wirtschaftlichen Interessen des Landes und die Öffnung gegenüber ausländischen Gesellschaften zu gewährleisten, wurde von Mancini bei der Ausarbeitung des neuen Handelsgesetzbuches stark unterstützt. Vgl. *Relazione di Mancini al senato*, S. 468 ff.

³³⁰ Allegato A Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio intorno alle modificazioni da introdursi nel Codice di commercio, M. Minghetti, *Teil III Società*, in *Marghieri, Vorarbeiten*, Band II/I.

³³¹ Hierzu können zahlreiche Beispiele angeführt werden: „Qui si stanno di fronte due tendenze contrarie. Da una parte l'interesse del commercio richiede che agli organi amministrativi della società sia assicurata nell'esercizio delle loro funzioni la libertà di movimento, che questa non sia turbata ed arrestata da una minoranza faziosa e turbolenta; ma l'interesse della giustizia richiede pure che ai diritti offesi sia data la dovuta soddisfazione“. S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 71.

„La nuova legge si è quindi mostrata molto larga verso la società accordandole facoltà di emettere obbligazioni ed altri titoli. Ma [...] una limitazione è pur indispensabile; è dettata dalla necessità di mantenere una certa proporzione fra la potenza economica d'una società e l'entità dei prestiti che essa può in quel modo assumere. Scriveva assai rettamente in proposito il Mancini: «Altrimenti la sfrenata tendenza alle speculazioni arrischiate potrebbe compromettere gravissimi interessi e non è giusto che gli azionisti esponendo a rischi del commercio una tenue somma possano operare con enormi capitali altrui, ritenendo per sé tutti i profitti del possibile guadagno e lasciando ai sovventori tutto il pericolo della perdita eventuale».“ S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 76.

„Io sottopongo questa mia apprensione all'Ufficio centrale, che sicuramente non può a meno di desiderare di favorire la finanza, e questo desiderio l'abbiamo tutti; ma con un poco di moderazione, senza incagli al movimento commerciale e senza sorprese ai contribuenti. [...] Ma che cosa possono fare di più l'Ufficio centrale ed il Governo che lasciare alle parti di provvedere come meglio credono ai loro propri interessi? [...] mantenere nel modo più largo possibile la facoltà ai contraenti di stabilire la convenzione che più loro giovi [...] e troveranno il modo di non pagarla [la tassa], almeno quando non deve essere pagata“. *Discussioni al Senato tornata del 30 aprile 1875 über den Artikel 82 des Codice di Commercio von 1882*.

³³² Hierzu können zahlreiche Beispiele angeführt werden: „Gli artt. 101-103 disciplinano con norme particolari, che presuppongono in genere quelle degli artt. 96 ss., ma che hanno un contenuto il quale non si riferisce solo alle forme, alcune particolari modificazioni statutarie dalle quali si è pensato possa derivare un danno per i terzi. I citati articoli si occupano della riduzione del capitale sociale, della proroga del termine della società e del suo scioglimento anticipato“. A. De Gregorio, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Band IV von *Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante*, Turin, 1938, S. 152.

„Se il legislatore disse che [le società] costituiscono un ente collettivo rispetto ai terzi, lo fece perché nel definire le società commerciali si dié pensiero principale del loro atteggiamento di fronte ai terzi“. C. Vi-

die größtmögliche Freiheit gewährleisten³³³. Die neue Regelung über die Handelsgesellschaften wurde sehr gut angenommen, obwohl es Kritik und Reformvorschläge gab³³⁴.

3. Detaillierte Analyse der neuen Bestimmungen im Vergleich mit der deutschen Rechtslage

Die vorgenannten Neuerungen der handelsrechtlichen Vorschriften sind eine Antwort auf die Änderungsnotwendigkeit der vorherigen, veralteten Rechtsvorschriften. Die Analyse der einzelnen Institute soll zeigen, wie viele der eingeführten Neuerungen kein „Geschenk des Himmels“ sind, sondern das Ergebnis einer sorgfältigen Untersuchung der vorhandenen Realität darstellen, auch im Hinblick auf Auslandserfahrungen:

vante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 23.

„Le pubblicazioni che si fanno nei pubblici registri e nei fogli ufficiali devono avere per base un precedente documento autentico perché quella pubblicità legale tenderebbe un'insidia alla buona fede del pubblico se servisse a divulgare l'esistenza di una società basata sopra un contratto d'incerta provenienza“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 63.

„[...] proprio per l'autonomia da questa acquistata, rafforzatasi con gli anni, la società costituisce ormai un centro di vita, un'azienda, che vive, ed il più delle volte è opportuno che viva, per il benessere comune, senza essere inesorabilmente legata alle vicende dei soci. L'azienda deve proseguire per la sua via anche se il numero dei soci oscilla da tre o quattro ad uno, per poi aumentare e poi ancora ridursi [...]. Se è vero che la disciplina delle società presuppone la pluralità dei soci, è anche vero che essa vuole salvaguardati gli interessi dei terzi che trattano con essa, e non li vuole sottoposti a vicende interne che possano essere (come il variare del numero degli azionisti) ad essi sconosciute, ed è anche vero che non si può attribuire alla suddetta disciplina una finalità contraria alla conservazione ed al rafforzamento di quell'azienda cui essa ha concesso il grande beneficio della personalità giuridica“. A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 35-36.

³³³ „[...] a questo istituto [il contratto della società] che può ben dirsi l'anima e il motore del movimento industriale e commerciale, ben appare come la legislazione italiana [...] si sia elevata a tal grado di altezza da non temere davvero il confronto delle estere legislazioni. Il complesso delle disposizioni che riguardano le società, nel mentre ha colmato deplorevoli lacune che si lamentavano per lo passato, ha adottato altresì un sistema informato ai più liberali principii“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 82.

Beispielsweise wird ein Teil des Berichts über die Verschmelzung von Gesellschaften zitiert: „Il comm. Mancini passa a sviluppare le idee alle quali fece allusione in una precedente tornata, circa il modo di regolare i casi di fusione di due o più società. Questi casi sono assai frequenti, e somma varietà si presenta sia nel modo della fusione, sia nei motivi che la determinano, sia nell'intento e negli scopi ai quali essa mira. – Anche in questa parte la legge deve lasciare la massima libertà, e solo deve preoccuparsi di prevenire i danni derivabili al pubblico e le frodi a danno dei terzi“. Atti della Commissione, Tornata 23 ottobre 1869, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 506.

³³⁴ „Mit der neuen Kodifikation war die Debatte über eine zeitgemäße Regelung des Rechts der Kapitalgesellschaften allerdings auch in Italien nicht abgeschlossen. Wenige Jahre nach dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften übte bereits Vivante erste Kritik an dem geltenden Recht. Trotz einer breiten Debatte datieren die ersten konkreten Reformpläne erst aus den Jahren nach dem ersten Weltkrieg; sie ordnen sich in die damaligen Pläne ein, die gesamte privatrechtliche Kodifikation zu reformieren. Eine neue Regelung des Rechts der Kapitalgesellschaften wurde allerdings erst 20 Jahre später bei der Zivilrechtskodifikation von 1942 verabschiedet“. F. Ranieri, Gesellschaftsrecht, in H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3264.

„La legislazione italiana sulle Società commerciali non ha seguito di pari passo l'attivo movimento legislativo di altri paesi, ma cominciò non pertanto a risentirne gli effetti del medesimo impulso“³³⁵, „[...] risulta con chiarezza come in tema di società per azioni il Codice abbia nella sostanza recepito le scelte di fondo delle migliori legislazioni europee di quegli anni: il Codice germanico del 1861, la legge inglese del 1862, la legge tedesca del 1870, ma soprattutto la legge francese del 1867 e la legge belga del 1873“³³⁶.

Die folgenden Paragraphen befassen sich mit den wichtigsten Bestimmungen des Codice di Commercio von 1882, dessen Verfassung stark durch deutsches Recht beeinflusst wurde.

a. Abschaffung der Regierungsgenehmigung zur Gründung von Aktiengesellschaften und ihre Folgen

Die Gesetzgebung des vereinten Italiens geht im Allgemeinen mit der Verbreitung eines größeren Bewusstseins für die Bedeutung der Gesetzgebung des neuen Staates für die Gesellschaft einher, sowohl als konkrete Äußerung der wiedergewonnenen Unabhängigkeit als auch als Ausdruck der Kultur und den Anstand des italienischen Volkes. Es besteht jedoch eine starre Abgrenzung zwischen der individuellen Sphäre und der Öffentlichkeit. Diese Abgrenzung beruht auf der Vorstellung, dass der allgemeine wirtschaftliche Fortschritt durch die Freiheit und Autonomie von Privatpersonen erzielt wird. In dieser Hinsicht übertrifft der Codice di Commercio von 1882 den Ansatz, der in der Handelsgesetzgebung von 1865 und den früheren Gesetzen (die lange Zeit in den europäischen Staaten eine Konstante darstellten) angenommen wurde, der mehr oder weniger beherrschende öffentliche Kontrollen von Gesellschaften vorsah.

Schon das Dekret Nr. 1418 vom 11. August 1863 führte das Prinzip der Regierungskontrolle über die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften ein, die Inhaberaktien ausgaben. Das Dekret Nr. 2157 vom 12. Februar 1865 teilte diese Zuständigkeit den Kommissaren zu, die auf königliche Anordnung ernannt wurden und Teil von kommissarischen Ämtern in den einzelnen Bezirken waren. Das königliche Dekret Nr. 2966 vom 27. Mai 1866 hatte hingegen die Kontrolle von Handelsgesellschaften (und Kreditinstituten) einer Aufsichtsbehörde im Finanzministerium anvertraut, das von einem zentralen Zensor geleitet wurde, der befugt war, auch über die Genehmigung zu entscheiden. Genau in diesen Jahren ergab sich eine Diskussion zur Frage, ob die Regierungskontrolle aufrechtzuerhalten oder ob sie durch die gerichtliche Kontrolle zu ersetzen war:

³³⁵ Relazione Mancini, zit. in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 330.

³³⁶ „[...] E tuttavia il legislatore italiano [...] non rinunciò ad introdurre una quantità di innovazioni specifiche allo scopo di tutelare ed i soci ed i terzi, senza arretrare di fronte alla prospettiva di affidare anche al giudice, ove fosse necessario, taluni poteri di intervento e di controllo. La componente liberistica e quella che altrove abbiamo designato di controllo pubblico sulle società hanno entrambe contribuito a questo significativo risultato“. A. Padoa-Schioppa, Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni (1862-1942), in Saggi di storia del diritto commerciale, 1992, S. 226.

„sullo sfondo vi era uno scontro che coinvolgeva le Camere di commercio, pronte a rivendicare la legittimazione dell'esercizio del controllo sulle società, un'ampia parte dei giuristi e gli economisti, assertori della necessità di non bloccare l'associazionismo ed il progresso economico in generale”³³⁷.

Infolgedessen unterdrückte das königliche Dekret Nr. 5256 vom 5. September 1869 die Aufsichtsbehörden (und damit auch die Regierungsgenehmigung) und richtete gleichzeitig Provinzaufsichtsbehörden ein, die sich aus dem Präfekt und zwei von der Handelskammer gewählten Mitgliedern zusammensetzten. Diese Behörden wurden durch Bestimmungen geregelt, die später ein Vorbild für die Regelungen zur rechtlichen Kontrolle von Aktiengesellschaften darstellen würden. Vorausgesetzt, dass Industrie – und Handelsgesellschaften, Kreditinstitute und Versicherungsgesellschaften verpflichtet waren, ihre Rechnungslegung zu veröffentlichen, wurde entschieden, dass Inspektionen nur auf Antrag von Mitgliedern, Gesellschaftern, Deponenten oder Versicherten durchgeführt werden konnten,

„motivato specificamente sopra uno dei seguenti titoli: 1° che siansi fatte operazioni contrarie allo statuto sociale; 2° che siansi violato il Codice di commercio in qualche sua disposizione; 3° che i resoconti o i prospetti pubblicati siano inesatti. Se si tratta di associato o di azionisti, i reclamanti debbono rappresentare almeno il decimo del capitale sociale”.

Wenn die Provinzbehörde es für „bastevolmente fondato“ gehalten hätte, hätte sie eine Inspektion durchgeführt, die mit einem Bericht abgeschlossen werden sollte, der der Gesellschaft, den Antragstellern und dem Ministerium übermittelt wurde und dessen Bestimmungen die Erhebung privater Klagen vor den zuständigen Gerichten nicht beeinträchtigen würden. Zur gleichen Zeit wie der königliche Erlass Nr. 5256/1869 beschlossen wurde, begann daher der Reformprozess des Handelsgesetzbuches von 1865³³⁸.

Der Codice di Commercio von 1882 gibt diesen Ansatz endgültig auf, insbesondere durch die Abschaffung der Regierungsgenehmigung für die Gründung von Aktiengesellschaften:

„animato da un afflato di liberismo economico, [il Codice di Commercio del 1882] limitò il controllo pubblico al dato formale dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costituzione alla cui verifica erano sottoposti non più funzionari governativi, ma in prima battuta il notaio rogante l'atto costitutivo e quindi il tribunale, mediante la c.d. omologa giudiziarica (artt. 90, 93, 94)”³³⁹ (vgl. Par. 3.1.1).

Darüber hinaus führt das Gesetzbuch eine Reihe von Regeln ein, die darauf abzielen, das Gesellschaftsleben im Einklang mit der Abschaffung der öffentlichen Kontrolle über die Gesellschaften zu regeln. Insbesondere wird die Figur des Aufsichtsrates eingeführt,

³³⁷ A. Principe, Il controllo giudiziario nel governo societario, Mailand, 2008, S. 15, in A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018, S. 3.

³³⁸ Vgl. A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018, S. 3–4.

³³⁹ S.A. Cerrato, Organizzazione corporativa, in A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018, S. 4.

der eine interne Figur der Gesellschaft ist und der mit der Kontrolle des Vorstandes beauftragt ist:

„L'obbligatoria istituzione di questo organo è la necessaria conseguenza dell'abolizione della vigilanza governativa”³⁴⁰. „Fu la stessa struttura della società ad esserne investita, per effetto dell'introduzione dei sindaci (artt. 183 ss.), in risposta all'esigenza di assicurare il controllo interno, cui si accompagnò l'individuazione del tribunale di commercio quale destinatario della facoltà dei soci rappresentanti l'ottava parte del capitale sociale di denunciare l'esistenza di un fondato sospetto di grave irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci (art. 153, 1° comma)”³⁴¹ (vgl. Par. 3.a.bb.).

aa. Abschaffung der Regierungsgenehmigung für die Gründung von Aktiengesellschaften

Als die italienische Regierung den Vorschlag zur Neuverfassung des Handelsgesetzbuches annahm, war die Abschaffung der Regierungsgenehmigung für Aktiengesellschaften einer der Punkte, denen die Ministerkommission einstimmig zustimmte:

„Questa ingerenza dello Stato negli affari privati delle Società traeva storicamente la sua origine dai sussidi, privilegi e favori co' quali, allorchè lo spirito d'associazione non aveva ancor preso un grande sviluppo, i Governi solevano promuovere le Società aventi per iscopo certe intraprese di utilità generale. Da ciò l'opinione che quelle Società esistessero piuttosto per opera dello Stato, che per libero impulso de' cittadini, e che occorresse di volta in volta un atto del Governo, il quale ne determinasse lo scopo, ne stabilisse l'organismo, e ne regolasse l'esercizio. A mantenere ne' moderni Codici l'ingerenza governativa sulle Società per aioni si aggiunsero considerazioni d'ordine giuridico e d'ordine economico. Si è negato in primo luogo che il solo arbitrio privato potesse derogare al principio della responsabilità illimitata, e restringere l'obbligazione dei soci ad una somma determinata, e che una persona giuridica potesse costituirsi ed operare nello Stato senza licenza del Potere governativo. Si è creduto d'altronde, che l'intervento del Governo potesse tutelare gli interessi molteplici, che si trovano involti nelle grandi Società, e potesse impedire che le enormi forze economiche, delle quali esse dispongono, esercitino un'influenza nociva al vero interesse del paese. Ma l'esperienza ha dimostrato, che per la natura degli affari commerciali e per i limiti imposti dalla forza delle cose all'azione governativa, una tutela efficace non poteva esercitarsi, e che l'apparenza di essa influiva dannosamente sulla opinione e sull'attività individuale degli interessati”³⁴². Es bestand daher das Bedürfnis, die private Freiheit zu schützen, die durch die Einmi-

³⁴⁰ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 77.

³⁴¹ A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018, S. 4.

³⁴² Relazione Mancini, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 151.

schung der Regierung eingeschränkt würde: „Il diritto di associarsi deriva da una libertà naturale dell’uomo, indipendente dal beneplacito dello Stato; finché di questa libertà si usi legittimamente e senza lesione degli altrui diritti, mal si comprende con qual titolo di ragione possa il Governo permettere od impedire le associazioni delle persone o dei capitali per determinate imprese commerciali. Dice in proposito il Mancini nella sua relazione: Se Cristoforo Colombo avesse pensato di formare una società anonima per intraprendere con capitali di privati l’esplorazione e la scoperta di nuovi continenti, ed avesse avuto bisogno di un’autorizzazione preventiva del Governo di Spagna, avrebbe dovuto lottare lunghi anni con la cecità e l’influenza dei teologi di Salamanca prima di ottenerla. Il pretendere poi che possa il potere esecutivo per semplice atto amministrativo, senza regolare cognizione di causa e senza il contraddittorio degli interessati, revocare la concessa autorizzazione, cagionando così enormi danni agli interessati, è tale enormità per le conseguenze che deve produrre da bastare da sola a far rigettare il sistema dell’autorizzazione governativa”³⁴³.

Die Parlamentsdebatte³⁴⁴, die zum Thema Handelsgesellschaften fast ausschließlich im Senat des Königreichs stattfand, zeigt deutlich das Vorhandensein zweier gegensätzlicher Orientierungen.

(i) Einerseits gab es eine Orientierung, die sich stark für die unternehmerische Freiheit aussprach, die die öffentliche Kontrolle von Gesellschaftsformen verdächtigte und auf die Selbstschutzzfähigkeiten von Privatpersonen vertraute. Die Vertreter dieser Bewegung wollten Kapital in Aktiengesellschaften investieren, aufgrund der Idee, wonach das Kapital „imprigionato, fugga ed emigra; libero, diventa gigante”³⁴⁵. Die prominentesten Vertreter dieser These waren der Rechtsanwalt Corsi, der Senator Lampertico, der Grossunternehmer Rossi, die Senatoren Astengo und Sineo sowie mehrere Anwälte und Wirtschaftsexperten. Die Befürworter dieser Bewegung neigten dazu, den Notar mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gründungsurkunde und der Satzung der neuen Gesellschaften zu beauftragen.

(ii) Auf der anderen Seite gab es eine zweite Orientierung, deren Befürworter dafür plädierten, vor der Gründung einer neuen Aktiengesellschaft eine öffentliche Kontrolle zu machen, um Betrug und Täuschung gegen weniger vorsichtige Kapitalisten, von Seiten skrupelloser Initiatoren zu vermeiden. Es ist kein Zufall, dass einige Befürworter dieser Orientierung Minister waren: vor allem Mancini, aber auch jene Senatoren, die im Laufe kurzer Zeit im Justizministerium und Ministerium für Handel und Industrie auf-

³⁴³ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 60.

³⁴⁴ Vgl. Marghieri, Vorarbeiten: Prog. Prel., art. 92; Prog. Mem. Finali, art. 22 (Band III, S. 28); Oss. Mag. Ed univ. (S. 192); Discuss. Sen. 1875 (S. 492-517); Rel. Corsi (Band IV, S. 327); Rel. suppl. Corsi (S. 365); Discuss. sen. 1880 (S. 394-431); Discuss. sen. 1880 (S. 384, 386, 465); Rel. Villa (S. 485); Rel. Cam dep. (S. 509, 591, 592, 593). Verb. Comm. min., C, Nr. 491 (Band II, Teil I, S. 385, VI, c); CI, Nr. 496 (S. 391).

³⁴⁵ Marghieri, Vorarbeiten, Band III, S. 257.

einander folgten (die Minister Vigliani, Finali, Tajani, Villa). Außerdem befürworteten auch einige Richter und hochrangige Beamte, unter ihnen vor allem Pescatore und De Cesare diese These. Die Befürworter der zweiten Orientierung neigten dazu, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Gründungsurkunde und der Satzung der neuen Gesellschaften nicht dem Ermessen der Regierung, sondern der Richterschaft zu übertragen³⁴⁶.

Während anfangs die erste, liberale Orientierung die vorherrschende schien³⁴⁷, setzte sich dann doch die zweite Orientierung durch:

„Degna di interesse è anche la dinamica politica che questo dibattito rivela entro la compagine del Senato del Regno. Che nel 1875 l'indirizzo liberistico abbia decisamente avuto la meglio, come si è visto, e che invece appena cinque anni più tardi il Senato, composto in larghissima misura ancora dagli stessi uomini, abbia optato per l'indirizzo pubblicistico, questo può stupire, se non altro per la tendenza naturale di un corpo a rimanere fedele alle proprie scelte e ai propri precedenti. La ragione di questo mutamento di indirizzo forse non è solo né tanto di natura politica, anche se una grande svolta politica era avvenuta proprio in quegli anni, dal momento che nel 1875 la Destra era ancora al potere, mentre dall'anno seguente era iniziato il governo della Sinistra. Senonché il Senato, per la composizione dei suoi esponenti nominati a vita e scelti tra i notabili del Paese, risentì di questo mutamento as-

³⁴⁶ „La sola responsabilità del notaro [...] è senza dubbio affatto inefficace, né casi specialmente nei quali un forte interesse può indurre a simulare l'adempimento di formalità che non sono state osservate. Perciò non ho saputo tenermi pago della vana e illusoria garentia accettata nel Progetto senatorio [...]. Si ha un bel dire che spetta a' privati interessati curare che la società (sia) legalmente creata e che ogni socio è sempre nel diritto d'impugnare la legittima costituzione. Giova che la legge protegga gli interessi dei soci [...] contro la possibile malafede dei fondatori [...] ed anziché accontentarsi di un tardivo e insufficiente rimedio dopo che gravi danni siano avvenuti, li prevenga, non già richiedendo dal governo un'arbitraria e discrezionale autorizzazione, ma incaricando i Tribunali di verificare se i fondatori abbiano adempiuto a tutte le condizioni necessarie per la legale esistenza della società". Relazione Mancini, in Marghieri, Band IV, S. 158.

„Ho visto società, le quali intendevano procurarsi il capitale che non avevano colla emissione di obbligazioni; società che si proponevano di fare anticipazioni su se stesse, ovvero ai loro azionisti sulle azioni emesse; società che avevano l'occulto disegno palliato sotto forme ambigue di fare operazioni su i titoli di rendita consolidata, che sarebbero stati depositati come pegno di anticipazioni; società che statuivano di dichiarar libere e non nominative le azioni prima del loro integrale pagamento; ho visto infine tante e tante altre frodi che avrebbero poi, come doveva accadere, il loro venerdì nero. Lo ricordano bene Napoli, Genova, Firenze, Bologna e tante altre parti d'Italia. [...] Dubito che un povero notaro, che attende la mercede dell'opera sua, che ha desiderio di fare affari, di stipulare atti [...] abbia sempre la forza necessaria di resistere innanzi a grandi e sedicenti commercianti [...] e di respingere [...] le carezze di certi promotori di società che la sanno lunga!". Senatore Carlo De Cesare, in Marghieri, Band IV, S. 425.

³⁴⁷ In der Sitzung vom 26. Mai 1875 wurde der Gesetzentwurf über Handelsgesellschaften vom Senat mit 76 Ja-Stimmen und 10 Nein-Stimmen mit dem folgenden Wortlaut verabschiedet: „Art. 21. Nell'atto costitutivo della società in accomandita per azioni e della società anonima deve il notaio assicurarsi che siano adempiute tutte le disposizioni della legge, e particolarmente fatto il deposito di cui all'art. 65 [relativo ai tre decimi del capitale interamente sottoscritto]. Altrimenti è responsabile, solidalmente cogli amministratori. Art. 22: L'atto costitutivo della società in accomandita per azioni e della società anonima deve essere, per cura del notaio che ha ricevuto il contratto e degli amministratori, depositato e fatto trascrivere e affiggere per intero entro quindici giorni dalla sua data nella cancelleria del Tribunale di commercio nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società". Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 613.

*sai meno della Camera. Piuttosto, fu probabilmente l'autorevolezza di uomini quali Mancini e De Cesare, insieme con l'unanime orientamento espresso in aula da ministri e senatori provenienti sia della Destra che della Sinistra, a persuadere nel 1880 il Senato a mutare indirizzo*³⁴⁸.

Diese Frage wurde am 12. Juni 1880 ausführlich diskutiert und am Ende mit einer Abstimmung gelöst³⁴⁹. Als Ergebnis der Debatte wurde dann Artikel 91 des Codice di Commercio von 1882 verabschiedet, der eine formelle Kontrolle³⁵⁰ durch das Zivilgericht unter Einschaltung des Staatsanwalts vorsah³⁵¹:

*„1. L'atto costitutivo e lo statuto delle società in accomandita per azioni ed anonime devono essere, a cura e sotto la responsabilità del notaio che ha ricevuto l'atto e degli amministratori, depositati entro quindici giorni dalla data nella cancelleria del tribunale civile nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società. 2. Il tribunale civile, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costituzione della società, ordina, con provvedimento deliberato in camera di consiglio, e coll'intervento del pubblico ministero, la trascrizione e l'affissione dell'atto costitutivo e dello statuto nelle forme prescritte nell'articolo precedente. 3. Le norme per la esecuzione di queste disposizioni e di quelle contenute nello articolo precedente sono determinate con regolamento da pubblicarsi con regio decreto” (Artikel 91 des Codice di Commercio von 1882)*³⁵².

³⁴⁸ A. Padoa-Schioppa, Omologazione delle SpA nell'Italia post-unitaria: il ruolo del notaio, in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato (<https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=45/4505&mn=3>).

³⁴⁹ Diskussion im Senat, 12. Juni 1880, in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 394-431.

³⁵⁰ Der formale Charakter der Kontrolle wurde durch die Rechtsprechung bestätigt: ex mutis: „L'indagine che, a mente degli art. 91, 96 l'autorità giudiziaria deve compiere in sede di giurisdizione volontaria, va limitata all'accertamento dell'osservanza delle prescrizioni stabilite dalla legge e non può essere estesa al merito delle proposte fatte e dalle deliberazioni adottate”. Berugungsgericht Trani, 29. August 1921, Soc. coop. „La Reduce” c. Andria, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 302.

³⁵¹ „Nel sistema legislativo che ci regge non esiste alcun'altra autorità oltre quella giudiziaria cui spetti il diritto di giudicare sulla legalità o meno degli statuti della società commerciale”. Gericht Mailand, 19. April 1914, Soc. Stampa periodica Codara, in U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922, S. 301-302.

³⁵² Die Wahl des Codice di Commercio von 1882, das dem Zivilgericht die Genehmigung der Aktiengesellschaften anvertraute, blieb über ein Jahrhundert lang fest, während nach gut einhundertdreißig Jahren die derzeitige italienische Disziplin der Aktiengesellschaften den Notar mit der Durchführung einer formalen Rechtmäßigkeitsprüfung der Urkunde beauftragt, um zu prüfen, ob die den gesetzlichen Bestimmungen entspricht (Artikel 2330 des geltenden italienischen Zivilgesetzbuchs: „1. Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve depositarlo entro venti giorni presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329. 2. Se il notaio o gli amministratori non provvedono al deposito nel termine indicato nel comma precedente, ciascun socio può provvederci a spese della società. 3. L'iscrizione della società nel registro delle imprese è richiesta contestualmente al deposito dell'atto costitutivo. L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la società nel registro. 4. Se la società istituisce sedi secondarie, si applica l'articolo 2299”). Das ist ein historischer Wendepunkt, der die Debatte zu diesem Thema im 19. Jahrhundert immer noch relevant und in-

Für die Diskussionen zu diesem Thema und die Ausarbeitung der einschlägigen Rechtsvorschriften war das deutsche Beispiel von grundlegender Bedeutung. Tatsächlich behielt das ADHGB in seiner ursprünglichen Fassung den Allgemeinen den Grundsatz der Genehmigung bei (Art. 208³⁵³), obwohl es vorsah, dass die einzelnen Rechtsordnungen die Möglichkeit hatten, davon abzuweichen

(Art. 249, „Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, dass es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Actiengesellschaften im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf“)³⁵⁴: „Der bisherigen in den meisten deutschen Staaten geltenden Rechtsanschauung gemäss wurde die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung der Actiengesellschaft auch in dem Gesetzbuch anerkannt“³⁵⁵.

Später hat das Gesetz vom 11. Juni 1870 in Bezug auf die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften die Genehmigung abgeschafft und eine notarielle oder gerichtliche öffentliche Urkunde wurde für deren Gründung gefordert:

„Die Artikel 5. 173. bis 176. 178. 199. 203. 206. bis 212. 214. 215. 217. 222. 225. 239. 240. 242. und 247. bis 249. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches werden durch nachstehende, den bisherigen Zifferzahlen entsprechende Artikel ersetzt. [...] Artikel 208. Eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht. Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkun-

teressant macht. Zu diesem Thema vgl. auch P. Marchetti, Il ruolo del notaio nella costituzione della SpA: la questione dell'omologa (1875-2003), in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato (<https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=45/4506&mn=3>).

³⁵³ Art. 208 ADHGB: „Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden. Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muss eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. Zur Actienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung“.

³⁵⁴ „Die energische Bekämpfung dieses Satzes konnte nur bewirken, dass den einzelnen Landesgesetzen vorbehalten wurde zu bestimmen, dass es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Actiengesellschaften im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedürfe“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 430-431.

³⁵⁵ „Der Grund des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung ist nicht darin zu suchen, dass der Actiengesellschaft durch einen Act des Staatsgewalt die juristische Persönlichkeit verliehen, und damit überhaupt die rechtliche Existenz gewährt werden müsse, noch darin, dass das Verhältniss zu dritten Personen so anomaler Beschaffenheit sei, dass es nicht durch Privatwillkür hervorgerufen werden könne, sondern es beruht darauf, dass man es für nothwendig erachtete den Actionären sowie den Gesellschaftsgläubigern gewisse Garantien gegen schwindelhafte Untenehmungen zu verschaffen und ein Mittel in der Hand haben wollte, zu verhüten, dass die bei der oft ausserordentlichen Grösse der durch Actien zusammengebrachten Capitalien sehr bedeutende Geldmacht solcher Gesellschaften in einer dem allgemeinen Wohlstand und der Landesindustrie nachtheiligen Weise verwendet werde [...]. Die staatliche Genehmigung gewährt keine Rechte, sie ermöglicht es nur, dass ein Rechtsverhältniss entstehe, an welches durch Rechtssatz gewisse Rechtsfolgen geknüpft sind. Die Staatsgenehmigung verändert die Natur des Gesellschaftsstatuts nicht, dieses wird nicht eine Verordnung, sondern ist und bleibt eine Privat-Lex der Actiengesellschaft“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 430.

de aufgenommen werden. Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung” (Par. 1, Gesetz vom 11. Juni 1870)³⁵⁶.

Dieses Gesetz wurde von Mancini in seiner Relazione unter den Beispielen ausländischer Systeme, die die Genehmigung der Regierung abgeschafft hatten, aufgezeigt:

„Anche il nuovo Codice di Commercio Ungherese [...] del 1875 accettò il sistema della libera costituzione delle Società per azioni [...], e lo stesso sistema è pure vigente nell’Impero Germanico in virtù della legge 11 giugno 1870”.

bb. Eine neue interne Kontrolle der Gesellschaft: der Aufsichtsrat

In den Jahren vor der Verabschiedung des Codice di Commercio von 1882 bestand ein Bedarf nach einem Kontrollorgan, das die Einhaltung von Gesetzen, sowie der Regeln der Satzung und der Gründungsurkunde seitens des Vorstands überprüfte. In einem 1881 veröffentlichten handelsrechtlichen Lehrbuch wurde erläutert:

„Quella somma di poteri che abbiám vista nelle mani degli amministratori, ed a contener la quale dentro i suoi legittimi confini non bastano le assemblee generali, si vorrebbe da parecchie leggi più recenti, ammaestrate dall’esperienza, sottoporre alla sorveglianza di una magistratura sociale; le funzioni della quale, allorché fossero permanenti e non interrotte, costituirebbero un valido freno alle attribuzioni, del pari permanenti e non interrotte, degli amministratori e del direttore. Si vorrebbe, cioè, che al lato a questi sorgesse un’autorità che ne invigiliasse le operazioni e che fosse pronta sempre a richiamarli alla esatta osservanza della legge, o dello statuto, quantunque volte se ne scartassero. Di per tal modo, l’opera insufficiente delle assemblee generali sarebbe integrata da questa nuova magistratura sociale, e la potenza degli amministratori e del direttore avrebbe il suo giusto freno nell’azione combinata di questi due poteri. Tutta la sagacità legislativa sta nel trovare il modo per cui, mentre, da una parte, tale suprema azione invigilatrice non sia una superfetazione amministrativa, ma un efficace strumento di moderazione, cioè quasi una forza centripeta che, insieme a quella delle assemblee generali, temperi e governi la forza centrifuga degli amministratori; dall’altra parte, non sia tale da rendere impossibile, o troppo difficile, una amministrazione vigorosa ed ispirata ad unità di intendimenti e di azione. Compito difficilissimo se mai ve ne ha, quando non si voglia deviare dal giusto mezzo”³⁵⁷.

Im Laufe der Vorarbeiten für den Codice di Commercio von 1882 war es angesichts des Vorschlags zur Abschaffung der Regierungskontrolle über die Gesellschaften erforderlich, dass das Gesellschaftsschicksal nicht vollständig den Vorstandsmitgliedern an-

³⁵⁶ Fundstelle: Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band 1870, Nr. 21, S. 375-386.

³⁵⁷ E. Vidari, Corso di diritto commerciale, Mailand-Neapel-Pisa, 1881, S. 522 ff.

vertraut wurde, sondern dass sie selbst Gegenstand einer Kontrolle über ihre Tätigkeit, im Interesse der Gesellschaft, der Gesellschafter und Dritter, waren:

„Noi [...] non vogliamo che codesta autorità invigilativa sia esercitata dal Governo, per mezzo di nessuno dei suoi agenti. L'autorità governativa deve amministrare la cosa pubblica, e non impicciarsi del mio e del tuo. Solo la legge e i tribunali hanno da conoscere e giudicare delle controversie private. E per ciò, noi pure vogliamo che tale sorveglianza abbia carattere privato, cioè che emani dagli stessi interessati”³⁵⁸.

Der Codice di Commercio von 1882 weitet daher die Kontrolle der Gesellschaft auf ein internes Organ aus³⁵⁹, d.h. auf den Aufsichtsrat (Art. 183, 184 und 185), der „una magistratura permanente, incaricata di far osservare la legge, lo statuto e le deliberazioni dell'assemblea”³⁶⁰ darstellt. Mit der Einführung der Figur des Aufsichtsrates durch den Codice di Commercio von 1882 endet die öffentliche Kontrolle der Gesellschaften. Pietro Abbadessa definierte die vom Codice di Commercio von 1882 vorgesehene Kontrollfunktion als

„meccanismo di natura strettamente privatistica, secondo una visione liberista e molto semplificata delle strutture societarie. I padroni della società sono i soci, sicché ai soci e ad essi soltanto dovrebbero spettare, in astratto, le decisioni gestorie. Essendo invece queste funzioni affidate, per ovvie ragioni di più spedito funzionamento, a loro mandatari (gli amministratori), logica vuole che gli azionisti designino altri loro fiduciari, deputati a esercitare sui primi un controllo che è prerogativa dei soci, ma che individualmente non sarebbe praticabile”³⁶¹.

Nachfolgend werden die Artikel des Handelsgesetzbuches von 1882 bezüglich der Mitglieder des Aufsichtsrates aufgeführt:

„1. In ogni assemblea ordinaria e in quella indicata nell'articolo 134 si devono nominare tre o cinque sindaci e due supplenti per la sorveglianza delle operazioni sociali e per la revisione del bilancio. 2. I sindaci possono essere socii o non socii e sono rieleggibili. 3. Non sono eleggibili o decadono dall'ufficio i parenti e gli affini degli amministratori sino al quarto grado di consanguineità od affinità. 4. In caso di morte, di rinuncia, di fallimento o di decadenza d'alcuno dei sindaci, subentrano i supplenti in ordine d'età. Se ciò non basti a renderne completo il numero, i sindaci rimasti chiamano a sostituire i mancanti altre persone che stanno in carica sino alla prossima assemblea generale” (Art. 183).

³⁵⁸ E. Vidari, Corso di diritto commerciale, Mailand-Neapel-Pisa, 1881, S. 522 ff.

³⁵⁹ „L'opera dei sindaci è tutta interna; si rivolge alla vita interiore, non esteriore della società”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 372.

³⁶⁰ C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 99.

³⁶¹ P. Abbadessa (Hrsg.), Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, Turin, 2015, S. 3.

„1. I sindaci devono: 1° Stabilire, d'accordo cogli amministratori della società, la forma dei bilanci e delle situazioni delle azioni; 2° Esaminare almeno ogni trimestre i libri della società per conoscere le operazioni sociali e accertare la bontà del metodo di scrittura; 3° Fare frequenti ed improvvisi riscontri di cassa non mai più lontani di un trimestre l'uno dall'altro; 4° Riconoscere almeno una volta ogni mese, colla scorta dei libri sociali, l'esistenza dei titoli o dei valori di qualunque specie depositati in pegno, cauzione o custodia presso la società; 5° Verificare l'adempimento delle disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, riguardanti le condizioni stabilite per l'intervento dei socii nell'assemblea; 6° Rivedere il bilancio e farne relazione nel termine assegnato negli articoli 154 e 179; 7° Sorvegliare le operazioni della liquidazione; 8° Convocare, colle norme stabilite nell'art. 155, l'assemblea straordinaria ed anche l'assemblea ordinaria in caso di omissione da parte degli amministratori; 9° Intervenire a tutte le assemblee generali; 10° E in generale sorvegliare che le disposizioni della legge, dell'atto costitutivo e dello statuto siano adempiute dagli amministratori. 2. I sindaci delle società non soggette alle disposizioni dell'articolo 177 hanno diritto di ottenere ogni mese dagli amministratori uno stato delle operazioni sociali. 3. I sindaci possono assistere alle adunanze degli amministratori, e far inserire negli ordini del giorno di queste adunanze e in quelli delle assemblee ordinarie e straordinarie le proposte che credono opportune” (Art. 184).

„L'estensione e gli effetti della responsabilità dei sindaci si determinano colle regole del mandato” (Art. 185).

Gemäß Artikel 183 werden die Mitglieder des Aufsichtsrates (die Gesellschafter oder Nichtgesellschafter sein können) von der Hauptversammlung in der Anzahl von drei oder fünf ordentlichen Mitgliedern und zwei stellvertretenden Mitgliedern ernannt³⁶², obwohl für den Aufsichtsrat nicht ausdrücklich eine kollegiale Struktur vorgesehen ist³⁶³.

³⁶² „Devono compiere personalmente il loro ufficio, né possono, ad es., valersi di ragionieri per esaminare i libri e le cartelle sociali: se questa facoltà è negata persino agli azionisti [...], pel timore che abusino dei segreti sociali, a maggior ragione dovrà negarsi ad estranei. Se la legge vuole che i supplenti siano nominati dall'assemblea (art. 183) è evidente che i sindaci non hanno diritto di scegliere chi li supplisca nell'esercizio del proprio ufficio. La sola assemblea o l'autorità giudiziaria (art. 153) possono autorizzare un estraneo ad esaminare i libri della società”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 375.

³⁶³ „I sindaci non formano un collegio che deliberi a maggioranza. Ognuno di essi può esercitare di propria iniziativa e secondo i propri criteri le funzioni che la legge gli attribuisce, senza essere legato dal voto dei suoi colleghi: in questa indipendenza di indagini e di giudizi sta la loro difesa contro i pericoli della responsabilità solidale cui sono esposti. Lo si argomenta anche da ciò che la legge non ha regolato quest'ufficio di sorveglianza, sebbene sia sempre composto di parecchi membri, con norme collegiali, come fece per gli amministratori, indicando il modo delle loro deliberazioni (art. 141), e non ha dato alcun provvedimento per la difesa della minoranza dissenziente, come fece per gli amministratori. Di più, se la legge vuole che il numero dei sindaci sia sempre completo per mezzo dei supplenti, ciò significa che la maggioranza non può esercitarne gli uffici. Da ciò consegue che gli amministratori trattano gli affari sociali a proprio rischio quando non ottengono nei casi fissati dalla legge l'approvazione di tutti i sindaci: il voto della maggioranza non basta a liberarli dalla responsabilità delle perdite che possono derivarne. Da ciò l'altra conseguenza che tutti devono cooperare alla relazione annuale che si pre-

Es sind nur sehr wenige Ursachen für die Unwählbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen. Eigentlich nur die Verwandtschaft oder Verschwägerung bis zum vierten Grad mit einem Vorstandsmitglied. Es sind keine besonderen beruflichen oder persönlichen Qualifikationen für diese Stelle erforderlich (selbst wenn Artikel 184, Abs. 2 den Verfall der in Konkurs geratenen Subjekte feststellt³⁶⁴). Die allgemeinen Aufgaben der Mitglieder des Aufsichtsrates können in der Überwachung gesellschaftlicher Geschäfte und in der Haushaltsprüfung zusammengefasst werden und sind in Artikel 184 aufgelistet. Die Aufgaben sind hauptsächlich auf die Buchhaltung und den Haushalt bezogen, erstrecken sich aber auch auf die Verpflichtung, an allen Hauptversammlungen teilzunehmen, sie im Falle der Unterlassung seitens der Vorstandsmitglieder einzuberufen, die Einhaltung der für die Teilnahme der Gesellschafter festgelegten Regeln zu überprüfen, und generell die Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen durch die Vorstandsmitglieder zu überwachen³⁶⁵. Die Mitglieder des Aufsichtsrates

senta all'assemblea ordinaria (art. 178), sia che concordino sia che discordino nelle osservazioni e nelle proposte. L'astensione di un sindaco effettivo, non riparata da quella di un supplente, renderebbe irregolare la relazione. In un solo caso l'ufficio di vigilanza decide collegialmente: quando deve provvedere, riunito agli amministratori, a qualche posto vacante nell'amministrazione (art. 125). Lo statuto che costituisse in collegio l'ufficio dei sindaci, attribuendo alla loro maggioranza la facoltà di decidere, sarebbe illegale, come quello che ridurrebbe realmente a due soli la sorveglianza sociale. Per togliere gli inconvenienti della vigilanza contemporanea di tutti i sindaci, essi possono esercitarla in forza di una clausola dello statuto o del regolamento interno od anche per loro semplice accordo in turno settimanale o mensile. A questa guisa, mentre ognuno sorveglia le operazioni che si compiono nel periodo della sua vigilanza, verifica altresì quella esercitata dai predecessori, e la responsabilità solidale, cui non possono sfuggire, riesce giustificata dalle proprie colpe o dalla negligenza nel rilevare le altrui". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 375-376.

³⁶⁴ „La questione se la società possa scegliere i suoi sindaci fra i falliti, gli interdetti e gli inabilitati mi pare deva risolversi affermativamente, poiché non si può applicare una legge penale fuori dei casi per cui fu scritta; ed è ben diversa l'ipotesi di un sindaco colpito durante il suo ufficio da quelle cause di sospetto o d'indegnità che ne avrebbero esclusa assai probabilmente la nomina, da quella di un sindaco che l'assemblea nomina considerando quelle cause come insufficienti a privarlo della sua fiducia. Il testo della legge fa questa distinzione, poiché dichiara tanto ineleggibili che decaduti i parenti e gli affini degli amministratori (art. 183), mentre assoggetta soltanto alla decadenza i falliti, gli interdetti e gli inabilitati (art. 151)". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 370.

³⁶⁵ „L'opera dei sindaci è tutta di vigilanza e di tutela; essi non devono pigliar parte all'amministrazione. In questa completa astensione sta, secondo il pensiero legislativo, una condizione essenziale pel buon funzionamento della società: i sindaci devono limitarsi a sorvegliare; se pigliassero parte all'amministrazione dovrebbero sorvegliare sé stessi, ciò che è un controsenso; se pigliassero parte all'amministrazione intralcerrebbero l'opera degli amministratori e ne attuerebbero la responsabilità che deve pesare tutta su loro. [...] Lo statuto che loro affidasse qualche incombenza amministrativa [...] sarebbe illegale ed il Tribunale non potrebbe approvarlo. Uno statuto di questa natura farebbe sorgere quel pericoloso dualismo fra gli amministratori ed i sindaci che il legislatore volle con ogni cura prevenire. [...] Appunto perché l'ufficio dei sindaci è essenzialmente ufficio di sorveglianza, incompatibile con qualsiasi partecipazione nell'amministrazione, essi non possono essere scelti tra coloro che hanno un impiego stabile nella società; se gli impiegati preferiscono l'ufficio di sindaco devono rinunciare all'impiego; non sono ineleggibili, ma incompatibili. Il divieto non è scritto nella legge, ma è inerente a quella separazione degli uffici di amministrazione e di sorveglianza che è essenziale nell'ordinamento delle società anonime. L'impiegato, che tenesse contemporaneamente l'ufficio di sindaco, dovrebbe sorvegliare sé stesso come direttore, come ragioniere, come cassiere; e la sorveglianza voluta dalla legge si ridurrebbe a nulla perché l'impiegato, pur sorvegliando sé stesso con tutta la sua diligenza, non potrebbe dar nulla di più di ciò che dà come impiegato. L'impiegato, che tenesse l'ufficio di sindaco, dovrebbe per compiere liberamente questo ufficio sor-

sind auch die Empfänger der Beschwerden der Gesellschafter über das als beanstandenswert eingestufte Verhalten der Vorstandsmitglieder. Wenn eine Beschwerde von so vielen Gesellschaftern erhoben wird, dass sie mindestens ein Zehntel des Gesellschaftskapitals verkörpern³⁶⁶ und gleichzeitig als begründet und dringlich erachtet wird, müssen die Aufsichtsratsmitglieder die Hauptversammlung unverzüglich einberufen (Art. 152, Abs. 2, 3, 4). Die Hauptversammlung konnte nämlich in Haftungsfragen gegen die Vorstandsmitglieder vorgehen, indem sie einen Beschluss fasste. Es handelte sich offensichtlich um eine Haftungsklage der Gesellschaft, die „per mezzo dei sindaci“ durchgeführt wurde (so Art. 152, Abs. 1). Die Mitglieder des Aufsichtsrates, die keine Kompetenz für die Haftungsklage hatten, handelten daher als rechtliche Vertreter der Gesellschaft, unabhängig davon, ob die amtierenden Vorstandsmitglieder oder die vergangenen Vorstandsmitglieder die Beklagten waren. Was die Beschwerde beim Gericht betrifft, bestätigt der Codice di Commercio von 1882 die Absicht, durch das Eingreifen der Justizbehörde das Recht der Gesellschafter sicherzustellen, die Handlungen der Verwalter zu beanstanden, und zeigt gleichzeitig die Notwendigkeit seine Übung mit der Notwendigkeit, unangebrachte oder missbräuchliche Verwendung zu vermeiden, abzuwägen. Die Verantwortung der Mitglieder des Aufsichtsrates ist in Art. 185 geregelt, der auf die Regeln des Mandats verweist.

Aus der allgemeinen Lektüre der Artikel des Gesetzbuches über die Mitglieder des Aufsichtsrates ergibt sich eindeutig die Logik dieses Rechtsinstitut: Es handelt sich um eine Garantie, die durch sorgfältige Kontrolle der korrekten Arbeitsweise der Gesellschaft, durch eine aktive Teilnahme und eine Tätigkeit, die verschiedene Aspekte von Verwaltungen – und Managementtätigkeiten abdeckt, gegeben wird:

vegliare e criticare l'opera degli amministratori, che lo nominarono e che possono licenziarlo (art. 143); donde l'inevitabile dilemma che la disciplina dell'amministrazione andrebbe a fascio, oppure che la vigilanza si ridurrebbe lettera morta". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 370 ff.

³⁶⁶ Die Haftungsklage der Gesellschaft unterscheidet sich von der Haftungsklage der einzelnen Gesellschafter: „L'ipotesi del singolo azionista danneggiato dagli amministratori per frodi o per colpe dirette contro di lui, quando ad es. con raggiri dolosi o con false informazioni lo indussero ad acquistare le azioni, non è regolata dall'art. 147 del Cod. di comm.: essa trova la sua sanzione nel diritto comune (art. 1151 e segg. Cod. civ.) e nel Codice penale (art. 293). Questa ipotesi si distingue dalla precedente, perché l'azionista è qui danneggiato direttamente dal contegno che l'amministratore ha tenuto verso di lui, mentre nell'ipotesi precedente egli è danneggiato dall'amministratore solo mediamente, pel tramite della società che è danneggiata direttamente. Si distingue ancora, perché allorquando trattasi di azione sociale di responsabilità tutti gli azionisti sono danneggiati nella stessa misura, in proporzione delle loro azioni: qui invece il danno non colpisce che un azionista o quei pochi azionisti che l'amministratore trasse in inganno. Si distingue ancora, perché costui non commise la colpa, di cui lo si ritiene responsabile, nell'esercizio delle funzioni amministrative affidategli dall'assemblea, ma fuori di esse, quantunque abbia potuto valersi dell'autorità e della fiducia che gli derivano dalla sua qualità di amministratore. Su queste differenze deve vigilare il magistrato perché l'azionista spogliato dell'azione sociale non tenti di esercitarle in onta alla legge col pretesto di un danno individuale, e perché gli amministratori non siano costretti a riparare due volte il medesimo danno. Nell'esercizio di quest'azione può farsi attore anche chi non è più proprietario delle azioni per cui ha sofferto il danno; basta che produca la prova di averle acquistate e rivendute con perdita. [...] Il suo diritto di risarcimento è un diritto personale, derivante dalla perdita che ha sofferto nel suo patrimonio, un diritto che non conta affatto nella valutazione delle azioni, che non passa al loro acquirente, e che perciò resta nel suo patrimonio finché non lo ceda o vi rinunci". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 484-485.

„La legge ha indicato i principali doveri dei sindaci onde agevolare il giudizio dei magistrati sulla loro condotta; ma quella serie di norme mette capo a questo principio dominante e sintetico, da cui il sindaco può desumere altri doveri oltre a quelli indicati nel Codice, secondo la varia natura dell'azienda sociale: il sindaco deve avere una completa conoscenza di tutti gli affari sociali, in modo da poter assicurare agli azionisti della verità del bilancio, e dare il proprio avviso sull'indirizzo dell'azienda sociale”³⁶⁷.

Auch die deutsche Gesetzgebung wurde hierzu als Beispiel genommen. Nach dem ADHGB müssen Gesellschaften einen Aufsichtsrat haben, welcher die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen hat:

„Der Aufsichtsrath überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen ihrer Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftscasse untersuchen. Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Hauptversammlung Bericht zu erstatten“ (Art. 193 ADHGB).

Daher war der Aufsichtsrat

„[...] zur Verhinderung unsolider, ohne die nöthigen materiellen Mittel beabsichtigter oder nur auf Actienspeculation berechneter Unternehmungen sowie zum Schutz der Actienzeichner gegen die Gründer der Gesellschaft”³⁶⁸

aufgestellt. Die im ADHGB enthaltenen Vorschriften zum Aufsichtsrat können wie folgt zusammengefasst werden: Die Bestellung des hinsichtlich der Zahl, der Qualifikation der Mitglieder usw. statutarisch näher bestimmten Aufsichtsrats ist zwingend notwendig nachzuweisen, um die Gesellschaft in das Handelsregister eintragen und damit gründen zu können³⁶⁹ (Art. 177 und 178 ADHGB³⁷⁰); der erste Aufsichtsrat kann nur auf ein Jahr und danach nicht auf länger als fünf Jahre gewählt werden³⁷¹ und nur auf Be-

³⁶⁷ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 373.

³⁶⁸ F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 396.

³⁶⁹ „Die erfolgte Wahl des Aufsichtsraths ist [...] strict nachzuweisen. Am einfachsten geschieht dies durch das von einem Notar aufgenommene oder von Zeugen als richtig bezeugte Wahlprotokoll“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 405.

³⁷⁰ Artikel 177 ADHGB: „Der Anmeldung behufs der Eintragung in das Handelsregister muss beigelegt sein: [...] 3) der Nachweis, dass der Aufsichtsrath nach Inhalt des Vertrages (Artikel 175. Ziff. 6.) in einer Hauptversammlung der Commanditisten gewählt ist. [...]“.

Artikel 178 ADHGB: „Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Commanditgesellschaft als solche nicht. Die ausgegebenen Actien oder Actiantheile sind nichtig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet. Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch“.

³⁷¹ „Die Bestimmung, dass der Verwaltungsrath (Aufsichtsrath) nur auf Zeit, und höchstens auf fünf Jahre bestellt werden kann, vermehrt durch die Nothwendigkeit öfterer Neuwahl die Sicherheit der stillen Gesellschafter. Für den ersten Verwaltungsrath scheint es erforderlich eine noch kürzere Frist von höchstens einem Jahre festzusetzen. Denn bei der ersten Wahl werden die stillen Gesellschafter noch nicht im

schluss der Hauptversammlung nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres eine Vergütung erhalten (Art. 191 und 192 ADHGB³⁷²); die Mitglieder des Aufsichtsrats haften solidarisch, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten gesetzeswidrig Zahlungen an die Gesellschafter geleistet worden sind³⁷³ (Art. 204 ADHGB³⁷⁴). Andere relevante Bestimmungen sind Artikel 185³⁷⁵, 186³⁷⁶, 187³⁷⁷, 194³⁷⁸ und 195³⁷⁹.

Stande sein, die Lage der Sache vollständig zu übersehen, und es liegt die Gefahr vor, dass die Gründer der Gesellschaft das natürliche Uebergewicht, welches sie beim Beginn des Geschäftsunternehmens haben, bei der Wahl des ersten Verwaltungsraths in ihrem einseitigen Interesse ausbeuten können“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 415-416.

³⁷² Artikel 191 ADHGB: „Der Aufsichtsrath kann das erste Mal nicht auf länger als ein Jahr, später nicht auf länger als fünf Jahre gewählt werden. Insoweit die Wahl auf einen längeren Zeitraum geschieht, ist dieselbe ohne rechtliche Wirkung“.

Artikel 192 ADHGB: „Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsraths darf eine Vergütung für die Ausübung ihres Berufs nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluss der Hauptversammlung der Commanditisten bewilligt werden. Ist die Vergütung früher, oder in einer anderen als der vorstehenden Weise bewilligt, so ist diese Festsetzung ohne rechtliche Wirkung“.

³⁷³ „Durch die Vorschriften des vorliegenden Artikels erhält das Institut des Aufsichtsraths auch für das Publicum eine wichtige Bedeutung. Derselbe ist hiernach nicht bloss zur Wahrnehmung der Rechte der Commanditisten errichtet, sondern es soll durch ihn gleichzeitig im allgemeinen Interesse eine erhöhte Bürgschaft dafür gegeben werden, dass das Gesellschaftsvermögen nicht durch unzulässige Dividendenzahlungen verringert oder durch zu frühzeitige Vertheilung und Rückzahlung an die Commanditisten den Gesellschaftsgläubigern entzogen wird“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 426.

³⁷⁴ Artikel 204 ADHGB: „Die Mitglieder des Aufsichtsraths sind gleich den persönlich haftenden Gesellschaftern solidarisch zur Erstattung geleisteter Zahlungen verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten: 1) Einlagen an die Commanditisten zurückgezahlt, oder 2) Zinsen oder Dividenden gezahlt sind, welche nicht aus dem auf die Actien fallenden Gewinne entnommen wurden, oder 3) die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Capitals der Commanditisten ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Artikel 202. 203) erfolgt ist“.

³⁷⁵ Artikel 185 ADHGB: „Die persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, dem Aufsichtsrath und den Commanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen“.

³⁷⁶ Artikel 186 ADHGB: „Die Rechte, welche den Commanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den Bestimmungen des vorigen Abschnitts in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz, die Bestimmung der Gewinnvertheilung, die Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft und die Befugniß, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen, zustehen, werden von der Gesamtheit der Commanditisten in der Hauptversammlung ausgeübt. Die Beschlüsse der Hauptversammlung werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt ist“.

³⁷⁷ Artikel 187 ADHGB: „Die Hauptversammlung der Commanditisten wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrath berufen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind“.

³⁷⁸ Artikel 194 ADHGB: „Der Aufsichtsrath ist ermächtigt, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Prozesse zu führen, welche die Hauptversammlung beschliesst. Jeder Commanditist ist befugt, als Intervenant in den Process auf seine Kosten einzutreten. Handelt es sich um die eigene Verantwortlichkeit des Aufsichtsraths, so kann letzterer ohne und selbst gegen den Beschluss der Hauptversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen“.

³⁷⁹ Artikel 195 ADHGB: „Wenn die Commanditisten selbst in Gesamtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auftreten wollen, oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einen Process zu führen haben, so werden sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Hauptversammlung gewählt werden. Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Hauptversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Be-

Ursprünglich sah das ADHGB die Pflicht des Aufsichtsrates nur für Kommanditgesellschaften auf Aktien, nicht jedoch für Aktiengesellschaften vor:

*„Der Aufsichtsrath ist nicht nothwendiges Organ der Actiengesellschaft wie die Hauptversammlung und der Vorstand, er kommt aber bei grösseren Gesellschaften meistens vor als ständiger Ausschuss derselben. Er ist mit dem Aufsichtsrath der Commandit-Actiengesellschaften nicht gleichartig und es können daher die Bestimmungen nicht ohne weiteres auf ihn angewendet werden“*³⁸⁰.

Das Gesetz vom 11. Juni 1870 des Norddeutschen Bundes hat dagegen die verpflichtende Einrichtung eines aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrates beschlossen, der die Gesellschaft, nach einem Beschluss der Hauptversammlung, bei Klagen gegen die Vorstandsmitglieder vertrat und die Hauptversammlung einberief³⁸¹. Im deutschen Rechtssystem war das Rechtsinstitut des Aufsichtsrats der Schwerpunkt in der Organisation der Gesellschaften (sowohl der Kommanditgesellschaft auf Aktien als auch – nach dem Jahr 1870 – der Aktiengesellschaft) und stellte einen notwendigen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags dar (Art. 175, Nr. 6 ADHGB³⁸²), da der Aufsichtsrat auch im öffentlichen Interesse bestellt war³⁸³:

*„Auf ihm beruht hauptsächlich die Sicherheit, welche das Gesetz den stillen Gesellschaftern [nach der Terminologie des Gesetzbuches: Commanditisten] und den Gesellschaftsgläubigern gewährt gegen Benachtheiligungen durch die Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafter. Deshalb muss jeder Vertrag, durch welchen eine stille Gesellschaft auf Aktien [nach der Terminologie des Gesetzbuches: Commanditgesellschaft auf Aktien] errichtet wird, über die Bestellung eines Verwaltungsraths [nach der Terminologie des Gesetzbuches: Aufsichtsrat] die nöthigen Bestimmungen enthalten“*³⁸⁴.

Aus der Analyse der italienischen und der deutschen Vorschriften ergeben sich viele Gemeinsamkeiten: Der gemeinsame Nenner liegt in der Rolle des Aufsichtsrates, der einen Bestandteil in der Organisation der Gesellschaften darstellt, die sich um die Verwaltungstätigkeit zur Gewährleistung des korrekten Fortschritts des Gesellschaftslebens kümmert, ohne sich dabei einzumischen. Tatsächlich wurde das Rechtsinstitut des Auf-

vollmächtigten ernennen. Jeder Commanditist ist befugt, als Intervenient in den Process auf seine Kosten einzutreten“.

³⁸⁰ Kommentar zum Artikel 255 ADHGB, ursprüngliche Version, F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 455.

³⁸¹ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 78.

³⁸² Artikel 175 ADHGB: „Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muss enthalten: [...] 6) die Bestimmung, dass ein Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der Commanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse; [...]“.

³⁸³ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 417.

³⁸⁴ F. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 403.

sichtsrates im Codice di Commercio von 1882 auf der Grundlage des Beispiels anderer ausländischer Rechtsvorschriften eingeführt, da es wie folgt betrachtet wurde:

„il più conforme ai veri bisogni del commercio, come è anche il più conforme alla pratica invalsa presso buona parte degli stabilimenti commerciali ed industriali che prosperano nel nostro paese”³⁸⁵. „[...] parecchie legislazioni o progetti sulle società e fra gli altri [...] la legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord [...] ordinano che le assemblee generali delle società per azioni abbiano a designare una o più persone, le quali, sotto il nome di censori, di commissarii, di consiglio di sorveglianza esercitino sull'amministrazione sociale quella vigilanza e quel sindacato continuo ed efficace che è impossibile ai singoli soci. E parmi veramente che una tale istituzione debba essere accolta anche da noi e che debba esserlo tanto più favorevolmente ora che è stata soppressa, né vuol certo far rivivere, la vigilanza governativa”³⁸⁶.

Die Einführung der Figur des Aufsichtsrates wurde begrüßt. Es wurde gesagt, dass die Annahme des Aufsichtsrates insbesondere die Antwort „alle difficoltà, assai maggiori che nelle altre specie di società” für die Gesellschafter “di controllare l’andamento così complesso delle società per azioni, via via che si svolge e si attua”³⁸⁷ sei. An Kritik fehlte es jedoch nicht: Das Rechtsinstitut des Aufsichtsrates hatte seit seiner Gründung viele Kommentatoren veranlasst, an seiner Überlebensfähigkeit zu zweifeln, „se non a sostenere che sarebbe stato miglior partito levarselo di torno una volta per tutte”³⁸⁸. Darüber hinaus wurden Beschwerden darüber erhoben, dass das Handelsgesetzbuch dem Aufsichtsrat nur wenige, kurze und unvollständige Artikel widmete, die nicht ausreichten, um ein Organ zu regeln, das zunehmend eine zentrale Rolle in der Gesellschaft einnahm. Die Kritik bezog sich im Wesentlichen auf zwei Aspekte: Auf das Fehlen ausreichender

³⁸⁵ „Quando poi avendo ottenuta prevalenza il concetto che la sorveglianza governativa sulle società non potesse rispondere ai fini per i quali era stata immaginata, venne gradatamente nei vari Stati a riformarsi in questo senso la legislazione commerciale, tutti i legislatori andarono a gara nella ricerca di un mezzo legale, per cui un’efficace sorveglianza potesse essere esercitata dai veri interessati senza soverchio turbamento ed impaccio alla azione degli organi amministrativi. Tale ricerca condusse a variati risultamenti, determinati forse in parte dalle diverse condizioni dei singoli Stati. Mentre infatti alcune legislazioni mantennero il concetto, che poteri dell’assemblea generale debbano essere con certe limitazioni obbligatoriamente trasmessi ad un Consiglio di sorveglianza composto di soci, altre richiesero soltanto la costituzione di un organo incaricato dell’esame dei conti e dei bilanci, e quindi composto anche di persone estranee alla società e senz’uopo di osservare in esso la forma collegiale delle deliberazioni. Non mi arresterò lungamente a giustificare il sistema adottato, che dal premesso confronto delle più recenti e più accreditate legislazioni risulta il più conforme ai veri bisogni del commercio, come è anche il più conforme alla pratica invalsa presso buona parte degli stabilimenti commerciali ed industriali che prosperano nel nostro paese”. Relazione Mancini, zit. in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 557.

³⁸⁶ Memoria del ministro di agricoltura, industria e commercio (Castagnola), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 556.

³⁸⁷ U. Navarrini, Trattato elementare di diritto commerciale, Band II, Turin, 1932, S. 150 ff. zit. in A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018, S. 5.

³⁸⁸ G. Cavalli, Il collegio sindacale fra passato e presente, zit. in P. Abbadessa (Hrsg.), Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, Turin, 2015, S. 1.

Garantien für die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates und das Fehlen ausreichender fachlicher Kompetenzen der Mitglieder des Aufsichtsrates. Die Frage *quis custodiet custodes?* Wird von Cesare Vivante Anfang des 20. Jahrhunderts beantwortet, indem er die Bedeutung des moralischen Profils der Mitglieder des Aufsichtsrates hervorhob, „perché se la ricca vena della probità non circola per entro gli istituti giuridici, questi si sfasciano nelle crisi e nei fallimenti“³⁸⁹. In jüngster Zeit wurde beobachtet, dass

*„Occorre [...] che i sindaci siano, prima di tutto e soprattutto, soggetti realmente indipendenti e realmente professionali: due aspetti che [...] sono tra loro strettamente complementari e che, se effettivamente realizzati, possono, da soli, offrire affidabili garanzie di funzionamento del controllo, portando con sé la soluzione di molti aspetti e problemi“*³⁹⁰.

b. Die Bilanz

Obwohl die Vorschriften über die Bilanz nicht durch deutsches Recht beeinflusst wurden, wurde in den Vorarbeiten für das Handelsgesetzbuch immer wieder darauf hingewiesen. Daher erscheint eine kurze Analyse dieses Instituts und der jeweiligen Unterschiede zum deutschen System angebracht, um zu unterstreichen, dass der italienische Gesetzgeber das deutsche Recht in Betracht gezogen hat, auch wenn es keinen besonderen Einfluss ausgeübt hat.

Die allgemeinen Bestimmungen über die Bilanz der Handelsgesellschaften, d.h. il „prospetto contabile che riassumendo i saldi dei vari conti dell'azienda deve rappresentare la situazione finanziaria della società“³⁹¹, sind in den Artikeln 176 bis 182 des Codice di Commercio von 1882 enthalten. In diesem Zusammenhang ist auch Artikel 22 des Codice di Commercio zu erwähnen, der die Bestimmungen des Napoleonischen Gesetzbuches nachzeichnet, wonach

„Il commerciante deve fare ogni anno un inventario dei suoi beni mobili ed immobili e dei suoi debiti e crediti di qualunque natura e provenienza. L'inventario si chiude col bilancio e col conto dei profitti e delle perdite e dev'essere trascritto e firmato dal commerciante, di anno in anno, sopra un libro a ciò destinato“.

Alle Kaufmänner hatten die Pflicht periodisch eine Bilanz aufzustellen, diese Pflicht hatte aber eine besondere Bedeutung für die rechtliche und wirtschaftliche Ordnung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften:

„Se la regolarità delle scritturazioni contabili è indispensabile ad ogni commerciante, e se la periodica formazione di un esatto bilancio è la guida principale di ogni retta amministrazione, non è d'uopo dimostrare come nelle società per azioni ed anonime tanto per l'interesse dei soci quanto per

³⁸⁹ C. Vivante, Per la riforma delle società anonime, in Riv. dir. comm., 1913, Band I, S. 146.

³⁹⁰ G. Cavalli, Il collegio sindacale fra passato e presente, in P. Abbadessa (Hrsg.), Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, Turin, 2015, S. 1.

³⁹¹ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 391.

*l'interesse dei terzi e del pubblico, la legge possa costituire un'assai importante garanzia contro i pericoli derivanti dalla trascuratezza o dalla mala fede di coloro che hanno in mano la gestione sociale, se con sagge disposizioni provveda ad assicurare la puntuale formazione e presentazione del bilancio ed a regolarne la forma, il sindacato e la pubblicità in guisa che la responsabilità degli organi amministrativi e censori sia impegnata al conseguimento degli utili fini di questa istituzione*³⁹².

Nach herrschender Lehre³⁹³ war die Einführung der Pflicht zur Aufstellung der Bilanz ein ausreichendes Gegengewicht zur Aufhebung der oben genannten Regierungsgenehmigung (sowie auch die Einführung der Figur des Aufsichtsrates).

Obwohl die Geschichte der Rechnungslegungspraxis sehr lang ist³⁹⁴, wurde die Pflicht zur Erstellung der Bilanz vor dem Codice di Commercio von 1882 durch das italienische Gesetz nicht festgelegt. Zu den Gründen, die den Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts dazu veranlasst haben, Vorschriften dazu einzuführen, zählt sicherlich die Veränderung der wirtschaftlichen Lage, die eine Regulierung der Bilanz erforderlich machte. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts änderte sich die sozioökonomische Lage in Europa (und Italien) grundlegend. Tatsächlich verstärkte sich im 19. Jahrhundert die industrielle Revolution, und der einstige Handwerksbetrieb entwickelte sich zum kapitalistischen Unternehmen, was zu immer größeren unternehmerischen Realitäten führte, die im Gegensatz zu vorher dynamischer und marktorientierter waren. In einem Kontext, in dem das kapitalistische Unternehmen im Wesentlichen auf Gewinn ausgerichtet ist, entwickelt sich die Buchführung weiter, um sich der Erfordernis anzupassen, das wirtschaftliche und finanzielle Ergebnis als Gewinn zu ermitteln. Im italienischen Kontext führte die Verbreitung der Rechnungslegungskultur zur Entwicklung von verschiedenen Theorien und Denkschulen³⁹⁵, die jedoch lange Zeit ohne jegliche gesetzgeberischen Hinweise

³⁹² Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 545.

„[...] nelle società per azioni il bilancio ha la funzione di un documento autonomo soggetto a una speciale pubblicità, che serve a far conoscere annualmente ai creditori sociali su quali garanzie possono contare, e a far conoscere ai soci su quale base patrimoniale si è fatta la distribuzione dei benefici”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 391.

³⁹³ A. De Gregorio, I bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica, Mailand, 1938.

³⁹⁴ Die Rechnungslegungspraxis hat sehr alte Wurzeln: wenn man die bloße Erfordernis betrachtet, die produzierten und ausgetauschten Waren aufzuzählen und zu messen, kann man sie auf die wirtschaftlichen Aktivitäten der ursprünglichen Zivilisationen zurückführen. Im Laufe der Zeit „diventando più complesso l'ambiente economico si fa più intenso il bisogno di informazioni, onde consentire l'assunzione di razionali decisioni operative; sicché la rilevazione contabile si adatta alle nuove esigenze, ampliando il contenuto e finalizzando i risultati che possono essere acquisiti con la sua adozione agli obiettivi conoscitivi che si desiderano perseguire”. G. Catturi, Teorie contabili e scenari economico-aziendali, 1997, S. 99. Insbesondere ist der Zeitraum vom Beginn des 18. Jahrhunderts bis zum Ende des 19. Jahrhunderts für Buchhaltungsstudien von besonderer Bedeutung.

³⁹⁵ „Nella seconda metà del XIX secolo, in concomitanza con lo sviluppo industriale e commerciale nonché in seguito all'unificazione del Paese, i ragionieri cominciarono a prendere coscienza del proprio ruolo all'interno della società e si fecero promotori di importanti iniziative in ambito accademico e professionale. [...] Sul finire dell'Ottocento la storia della ragioneria suscitò sempre più l'interesse da parte degli studiosi, i quali, numerosi, predisposero relazioni, articoli, opuscoli e monografie, [...] lezioni e conferen-

auf die Rechnungsführung waren. Obwohl die Verbreitung der Rechnungslegungspraxis ein anerkanntes Phänomen war und sich über Jahrhunderte in ständiger Entwicklung befand, erscheinen die ersten gesetzgeberischen Anhaltspunkte, die sich auf die Erstellung von Rechnungslegungsunterlagen beziehen, erst 1882, wenn auch in einer gänzlich unerforschten Weise, mit der Bekanntmachung des italienischen Handelsgesetzbuchs. Vor dem Jahr 1882 gab es in Italien keine spezifischen Regeln für die Bilanz, sondern nur einige Verweise auf das Inventar, das von jedem Kaufmann alle zwei Jahre aufgenommen werden musste³⁹⁶. Während der ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts, als die theoretischen Studien zur Rechnungslegungsdisziplin und zum Rechnungswesen ausgereift waren, führte das Fehlen regulatorischer Bestimmungen zu Buchführungsunterlagen zu ungenauen, eingehenden und zweifelhaften Bilanzen. Angesichts einer äußerst unvollständigen Gesetzeslage, sprach sich die Legitimitäts – und Tatsachenrechtsprechung für die Wahlfreiheit bei der Erstellung der Bilanz aus. Die Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich des informativen Wertes der Bilanz³⁹⁷, der veränderten sozioökonomischen Bedingungen, der Fortschritt der Rechnungslegungsstudien, die Verbesserung der Gesetzgebungsdisziplin in Bezug auf das Wirtschaftsrecht und die Rechnungslegungsunterlagen sowie die Reifung des Prinzips des staatlichen Eingriffes in die Wirtschaft machten ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich:

„Poiché il bilancio dev'essere lo specchio fedele delle condizioni economiche di una società a certi periodi determinati, è naturale che la legge se ne occupi con molta cura; bene spesso accadendo che nella compilazione dei bilanci, principalmente, si annidino quegli errori e, più ancora, quelle frodi che trascinano poi a rovina i soci e i creditori sociali”³⁹⁸.

Mit dem Codice di Commercio von 1882 wurde eine erste Vorschrift für Buchführungsunterlagen eingeführt, die in den folgenden Grundsätzen zusammengefasst werden kann: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft müssen zwingend eine Bilanz aufstellen. Die Regeln für die Aufstellung des Abschlusses sind in der Satzung festzulegen (Art. 89 Nr. 6). Auf der Grundlage dieser Regeln müssen die Mitglieder des Aufsichtsrates im Einvernehmen mit den Verwaltern die Form der Bilanz festlegen (Art. 184 Nr. 1) (Die Aufzählung der inhaltlichen Anforderungen an die Bilanz war sehr knapp: die Angabe des „capitale sociale realmente esistente“ und der „somma

ze, nonché mostre e concorsi”. S. Coronella, *Agli albori delle ricerche di storia della ragioneria in Italia. Il contributo degli studiosi del XIX secolo*, 2008, S. 67.

³⁹⁶ Die erste französische Regelung über das Inventar geht auf die Ordonnance de Commerce von 1673 zurück, die den Ausgangspunkt für den nachfolgenden Napoleonischen Code de Commerce von 1807 bildete.

³⁹⁷ Während in den dreißiger Jahren die institutionelle Auffassung an Unterstützung zu verlieren begann, begann man die These zu überwinden, dass die Bilanz hauptsächlich „internen“ Wert hat. Denn die Bilanz war nicht „der Kontrolle der Richter entzogen“ und wurde daher im Wesentlichen als unangreifbar betrachtet. Ende der dreißiger Jahre fielen einige Urteile, in denen es um die Ungültigkeit von absichtlich geänderten und gefälschten Bilanzen ging. Dies war ein Zeichen für die Bekämpfung der Geheimhaltung von Gesellschaftsinformationen und für das Fehlen von Rechtsvorschriften, die die betriebliche Rechnungslegung uniformiert hätten. Vgl. Kassationsgericht 24. Juni 1937; Berufungsgericht Turin 23. Dezember 1938; Berufungsgericht Mailand 23. Juni 1936.

³⁹⁸ E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884, S. 153.

dei versamenti effettuati e dei versamenti in ritardo“ war erforderlich). Die Vorstandsmitglieder mussten die Bilanz dem Aufsichtsrat mindestens einen Monat vor dem für die Hauptversammlung festgesetzten Termin vorlegen, bei der die Gesellschafter die Bilanz genehmigten, damit die Mitglieder des Aufsichtsrates einen Bericht erstellen konnten (Art. 176). Die Bilanz war in den fünfzehn Tagen vor der Hauptversammlung zusammen mit dem Bericht der Mitglieder des Aufsichtsrates in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Genehmigung vorzulegen, damit sich die Gesellschafter beraten konnten (Art. 179). Nach der Genehmigung durch die Hauptversammlung war die Bilanz von den Vorstandsmitgliedern in der Geschäftsstelle des Handelsgerichts zusammen mit dem Bericht des Aufsichtsrates und dem Sitzungsprotokoll einzureichen, damit sie in das Unternehmensregister eingetragen und veröffentlicht werden konnte (Art. 180). Dividenden können nicht an Gesellschafter gezahlt werden, es sei denn auf der Grundlage der tatsächlich erzielten Gewinnen, die sich aus der genehmigten Bilanz ergeben (Art. 181). Die Gesellschaften müssen jährlich vom Nettogewinn ein Zwanzigstel des Gesamtgewinns abziehen, um damit einen Reservefonds einzurichten (Art. 182).

Die Arbeiten an den Vorschriften über die Bilanz im Handelsgesetzbuch enthalten viele Hinweise auf das deutsche Beispiel, von dem sich der italienische Gesetzgeber jedoch entfernte.

Generell ist zu betonen, dass der Codice di Commercio von 1882 – der von tief liberalen Vorstellungen geprägt war³⁹⁹ – im Vergleich zum deutschen Gesetz, das spezifische Regeln für die Erstellung der Bilanz enthielt⁴⁰⁰, den Handelsgesellschaften vollständige Formfreiheit und manchmal sogar inhaltliche Freiheit ließ. Diese Vorschriften erwiesen sich als unzureichend und waren in Buchführungsangelegenheiten äußerst lückenhaft. Dies führte zu einer Art „Leere Referenz auf Rechnungslegungsgrundsätze“ und auf das Verantwortungsbewusstsein und die „faire Beurteilung“ der Vorstands – und Aufsichtsratsmitglieder⁴⁰¹. Infolgedessen wurde den Verfassern der Bilanz ein großer Ermessensspielraum eingeräumt, der die Verbreitung ungefährer und unvollständiger Bilanzen forderte:

³⁹⁹ „Il sistema del codice del 1882 trovava la sua giustificazione [...] nell'ideologia liberista che rendeva inconcepibile ogni sindacato esterno sull'andamento della gestione sociale [...], sembrò pertanto pericoloso avventurarsi nel campo della rilevazione contabile dell'impresa“. E. Bocchini, *Evoluzione legislativa e giurisprudenziale del bilancio d'esercizio*, in *Bilancio d'esercizio: problemi attuali*, 1978, S. 4.

„Il Legislatore [del 1882], ispirandosi all'orientamento liberista, non aveva ritenuto opportuno dettare regole sul contenuto minimo del bilancio e sui criteri di valutazione, fissando tuttavia l'obbligo per le società, al momento della costituzione, di indicare nell'atto costitutivo o nello statuto le norme colle quali i bilanci devono essere formati e gli utili calcolati e ripartiti (art. 89 cod.comm.)“. C. Sasso, *Le società per azioni. Il bilancio d'esercizio*, 2004, S. 177.

⁴⁰⁰ „Battendo una via più sicura, altre leggi di origine tedesca diedero sulla compilazione dei bilanci precetti tecnici che conducono per forza di numeri e con criteri costanti a dare un conto più controllabile degli utili di ogni esercizio“. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Band II, *Le società commerciali*, Mailand, 1912, S. 392.

⁴⁰¹ Vgl. E. Bocchini, *Evoluzione legislativa e giurisprudenziale del bilancio d'esercizio*, in *Bilancio d'esercizio: problemi attuali*, 1978.

*„Disgraziatamente la nostra legge non porge alcuna regola specifica per la sua formazione, e questa insufficienza del diritto rende necessariamente incerta l'opera e la responsabilità degli amministratori, il riscontro dei sindaci, il giudizio dei magistrati“*⁴⁰².

Die Entwicklung der Rechnungslegungspraxis und der Studien zur Rechnungsführung führten daher zu wesentlichen Änderungen dieses Ansatzes⁴⁰³.

Gemäß Artikel 176 müssen die Vorstandsmitglieder den Mitgliedern des Aufsichtsrates die Bilanz mindestens einen Monat vor dem für die Hauptversammlung festgelegten Tag zur Prüfung derselben vorlegen. Daraus folgt, dass die Bilanz mindestens einmal im Jahr aufgestellt werden muss, da die ordentliche Hauptversammlung nach Artikel 154 mindestens einmal im Jahr, innerhalb von drei Monaten nach Ende des Geschäftsjahres, zur Erörterung, Annahme oder Änderung der Bilanz zusammentritt⁴⁰⁴. Im Gegensatz zum italienischen Handelsgesetzbuch sah das deutsche Recht vor, dass die Bilanz innerhalb der ersten sechs Monate des Jahres nach dem Geschäftsjahr, auf das sich der Abschluss bezieht, vorgelegt werden muss:

*„Il bilancio deve farsi almeno una volta all'anno alla chiusura dell'esercizio sociale, ma qualora la società avesse stabilito per il suo esercizio un periodo minore di un anno, il bilancio dovrà da essa farsi alla scadenza di ciascun esercizio. Alcune legislazioni lasciano libera agli statuti la determinazione del tempo, entro il quale gli amministratori devono aver compiuta la formazione del bilancio; e il Codice germanico non richiede la presentazione di questo che nei primi sei mesi dell'anno seguente all'esercizio cui si riferisce. Ma per quanto vogliasi tener conto delle varie condizioni di ciascuna società, questa larghezza sembra soverchia, perché il decorrimento di troppo lungo tempo può rendere infruttuose ed inefficaci le deliberazioni suggerite alla società dal movimento degli affari nel periodo precedente, e perché i soci ed i terzi hanno diritto di conoscere lo stato dell'azienda sociale senza tanto ritardo“*⁴⁰⁵.

Darüber hinaus bestimmt Artikel 176 Abs. 2, dass die Bilanz das tatsächliche Gesellschaftskapital angeben muss, „indicazione [...] di somma importanza, perché da quella si traggono gli elementi per misurare il credito sociale e determinare la somma degli

⁴⁰² C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 391.

⁴⁰³ Im Kontext dauernder sozialer, politischer und wirtschaftlicher Veränderungen und tiefgreifender gesetzlicher Lücken entwickelten sich zwei sehr wichtige Denkrichtungen für die Entwicklung des Rechnungswesens und der zeitgenössischen Rechnungsführung in Italien durch Fabio Besta (1845-1922) und Gino Zappa (1879-1960). Im italienischen Zivilgesetzbuch von 1942 wurden umfassendere und eingehendere Vorschriften zur Erstellung der Bilanz eingeführt, die erstmals gesetzliche Bestimmungen sowohl zum Inhalt als auch zu den Bewertungskriterien einiger Posten der Bilanz enthielt.

⁴⁰⁴ Art. 154 des Codice di commercio von 1882: „L'assemblea ordinaria si riunisce almeno una volta all'anno, entro tre mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale; essa deve, oltre la trattazione degli altri oggetti posti all'ordine del giorno: 1.° discutere, approvare o modificare il bilancio, udita la relazione dei sindaci; [...]“.

⁴⁰⁵ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 545.

utili da dividersi fra i socii⁴⁰⁶. Das Gesetz legt nicht die Kriterien für die Bewertung des Gesellschaftskapitals fest, sodass es in der Hand der Verwalter und der Mitglieder des Aufsichtsrates liegt, die Verantwortung für die korrekte Bewertung zu übernehmen, die in der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Weise zu erfolgen hat⁴⁰⁷. Hingegen sah das deutsche Recht besondere Regeln für die Bewertung des Gesellschaftskapitals vor. Dieses System wurde vom italienischen Gesetzgeber nicht angenommen, da er es für unvollständig und schädlich hielt:

„[...] il Progetto si limita a dare una guida generica ma sicura; e rimette all'estimazione delle speciali circostanze di tempo, di luogo e dei rapporti di ogni singola società, il decidere in qual modo debbano essere apprezzati i valori sociali, perché dalla loro somma si ottenga il risultato richiesto cioè la cifra esatta del capitale realmente esistente alla chiusura di ciascun esercizio sociale. Gli amministratori ed i sindaci sono responsabili della giusta valutazione, ed è questa la più efficace guarentigia contro la tendenza, talvolta manifestatasi, di fare i bilanci in guisa che possano ripartirsi grossi dividendi. A combattere questa tendenza, la legge germanica del 1870 (articolo 239 a), a cui tenne dietro il Progetto austriaco [...] volle stabilire alcune norme indeclinabili per l'apprezzamento dei valori esposti alle oscillazioni di Borsa, e per l'imputazione delle spese di prima istituzione e di amministrazione, del capitale fondamentale e del fondo di riserva. Queste norme però, oltre di essere incomplete, non solamente sono superflue, perché già risultano dai principi della contabilità, ma l'esperienza dimostra che nella forma assoluta del loro dettato possono in certi casi riuscire dannose⁴⁰⁸.

Einen weiteren Unterschied zwischen der italienischen und der deutschen Regelung findet man in Bezug auf die Dividenden. Das Verbot der Zahlung von Dividenden für nicht tatsächlich erwirtschaftete Gewinne gemäß Artikel 181 des Codice di Commercio wird durch die Bestimmung des dritten Absatzes desselben Artikels gemildert, wonach die Zahlung der Zinsen für das Kapital ausdrücklich für Industriegesellschaften vereinbart werden kann, die Zeit dafür benötigen, den Betrieb in Gang zu bringen⁴⁰⁹. Der Mi-

⁴⁰⁶ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 154.

⁴⁰⁷ „[...] la legge si limita a dare una guida generica, ma sicura: lasciando al contratto di determinare, secondo le diverse circostanze dei casi, in qual modo debbano essere apprezzati i valori sociali per ottenere la cifra esatta del capitale esistente alla chiusura di ciascun esercizio; questa dovendo essere la principal cura degli amministratori e dei sindaci, e la principale guarentigia contro il pericolo di dividendi ingrossati ad arte, come pur troppo accade facilmente“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 154.

⁴⁰⁸ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 546.

⁴⁰⁹ „Tuttavia, un divieto assoluto e per tutti i casi avrebbe potuto anche essere ingiusto; epperò, la nuova legge nell'art. 3.º, e sulle tracce del Codice precedente [...], dice che può essere espressamente pattuito il pagamento di interessi da prelevarsi sul capitale in quelle società industriali, alle quali occorre uno spazio di tempo per costituire l'oggetto sociale, cioè per fare che la società si trovi nell'esercizio normale della propria industria; come sarebbero, per esempio, le società di strade ferrate che non possono trarre alcun utile dalla loro impresa, se già prima non abbiano attivato l'esercizio di una qualche parte delle proprie linee; e come sarebbero, del pari, le società per l'esercizio delle industrie tessili, per la fabbricazione del-

nister für Landwirtschaft, Industrie und Handel Finali hatte seinen Standpunkt dahingehend geäußert, dass er eine solche Bestimmung ausschloss, um Betrug zu vermeiden, und zwar genau nach deutschem Vorbild:

„Accade molto soventi che si costituiscano società per azioni, promettendo, oltre il dividendo, un interesse sul capitale versato. Appena è d'uopo di dire che i manifesti e le altre pubblicazioni fatte per attirare i sottoscrittori, tacciono quasi sempre della condizione aleatoria a cui è sottoposta la distribuzione degli interessi, e anzi talvolta parlano di questi, come di cosa assolutamente assicurata. A me sembra che, per reprimere questi fraudolenti tentativi, convenga vietare alle società la promessa di qualunque interesse sulle azioni, appunto come han fatto il Codice germanico e la legge tedesca”⁴¹⁰.

Auch Mancini betonte die Notwendigkeit eines solchen Verbots aufgrund des deutschen Beispiels, obwohl später beschlossen wurde, die vorgenannte Bestimmung des Artikels 181, Abs. 3 anzunehmen:

„Ma per rendere più efficace il divieto vuolsi [...] prevenire le conseguenze di una pratica illegale ed erronea, che talvolta si insinua nella compilazione dei contratti di società. I soci sono i proprietari dell'impresa sociale, e i capitali che in quella vengono da essi versati possono bensì produrre quei profitti che derivano dal buon andamento degli affari, ma non possono produrre interessi, perché l'interesse è il corrispettivo del profitto del danaro altrui, e i soci non sono i sovventori di sé stessi. Ma siccome è necessario di impedire che una erronea disposizione degli statuti o dei contratti sociali venga, nei casi accennati, invocata per attenuare la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, giova che tali disposizioni siano dichiarate nulle e di nessun effetto nel modo stesso che simili patti sono dichiarati inefficaci dalle disposi-

la carta, per la macinazione dei cereali, ecc. – a differenza delle società di credito che pochi mesi dopo la loro costituzione possono essere in pieno esercizio, ed avere quindi realmente già conseguiti utili da distribuire”. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 157-158.

„Non può essere infatti disconosciuto che in certi casi quella facoltà può essere utile, e i temperamenti adottati consistono in ciò, che tale facoltà è concessa alle sole società industriali, e nell'unico caso che risulti espressamente pattuita nell'atto costitutivo della società ed è concessa soltanto per il periodo di tre anni, e purché gli interessi non eccedano il cinque per cento e vengano calcolati tra le spese di prima istituzione da ripartirsi a carico dei bilanci che avranno reali dividendi”. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 555.

⁴¹⁰ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 551.

zioni degli articoli 197⁴¹¹ e 217⁴¹² del Codice germanico, conservati in questa parte nella legge del 1870 [...]”⁴¹³.

In Bezug auf die Vorschrift über den Abzug eines Teils des Nettogewinns zur Bildung des Reservefonds (Art. 182) ist darauf hinzuweisen, dass dies nach deutschem Recht keine Pflicht, sondern nur eine freiwillige Handlung war:

„Quest’ultima ben saggia precauzione che è quasi generalmente in uso negli statuti delle società, è prescritta dalla legge francese e belga, ma è soltanto facoltativa secondo la legge germanica ed il Progetto austriaco”⁴¹⁴.

c. Die Gesellschaften bürgerlichen Rechts

Die italienische zivil-⁴¹⁵ und verwaltungsrechtliche⁴¹⁶ Lehre und Rechtsprechung haben unterschiedlich über die Frage geurteilt, ob die Handelsform ausreichend ist, um den

⁴¹¹ Artikel 197 ADHGB: „Die Einlagen können den Kommanditisten, so lange die Gesellschaft besteht, nicht zurückgezahlt werden. Zinsen von bestimmter Höhe können für die Kommanditisten nicht bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und, wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuß ergibt. Die Kommanditisten haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit sie diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben; sie sind jedoch nicht verpflichtet, die in gutem Glauben bezogenen Dividenden zurückzuzahlen“.

⁴¹² Artikel 217 ADHGB: „Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Actionaire nicht bedungen, noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und, wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuß ergibt. Jedoch können für den in dem Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Actionairen Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden“.

⁴¹³ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 554-555.

⁴¹⁴ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 555.

⁴¹⁵ „Anche in Italia la dottrina non è uniforme come non fu costante la giurisprudenza, Infatti la Corte di Cassazione di Torino (Sentenza del 10 agosto 1867) giudicava che la coltivazione di una miniera non è di per sé atto di commercio, ma diviene operazione commerciale quando è intrapresa da una società commerciale, e che la società contratta per la coltivazione di una miniera è a qualificarsi per commerciale, quando si presenta sotto la forma di una di quelle società contemplate dalle leggi di commercio. La Corte di Cassazione di Firenze (Sentenza del 17 agosto 1871) anch’essa dichiarava doversi considerare commerciale la società che veste le forme prescritte dal Codice di commercio. La Corte di appello di Firenze invece (Sent. 7 aprile 1869) fu d’avviso che dipendesse dalla volontà delle parti imprimere alle società per lo scavo di miniere il carattere di società commerciale. E finalmente la Corte di Lucca (Sentenza del 26 aprile 1867) pronunziava in senso contrario che il carattere civile o commerciale di una società non è determinato dalle forme della sua costituzione organica, ma dalla natura civile o commerciale delle operazioni che ne formano l’oggetto”. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 625.

⁴¹⁶ „In Italia non fu costante neppure la giurisprudenza amministrativa, e perciò talora fu negata, talora consentita l’autorizzazione governativa a società anonime, lo scopo delle quali non avesse indole veramente commerciale”. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 625.

Handelscharakter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu prägen. Der Gesetzgeber von 1882 wiederum verneinte die Frage, da er der Ansicht war, dass der Charakter der Handelsgesellschaft durch ihren Gegenstand bestimmt werden muss und nicht durch die Form die sie annimmt, welche nur ein zusätzliches Indiz ist. Gesellschaften bürgerlichen Rechts können jedoch in der Handelsform einer Aktiengesellschaft gegründet werden, während sie den Charakter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts behalten: D.h. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts „verkleidet sich als Handelsgesellschaft“ und unterliegt daher dem Handelsrecht, mit Ausnahme der Regeln über den Konkurs und die gerichtliche Zuständigkeit:

„Le società civili possono assumere le forme delle società per azioni: in tal caso esse sono sottoposte alle disposizioni del presente codice, eccettuate quelle che riguardano il fallimento e la competenza” (Art. 229). Tatsächlich schien es unlogisch und schädlich zu verbieten, dass bestimmte Gesellschaften bürgerlichen Rechts von der beschränkten Haftung der Gesellschaften profitieren können, was manchmal die unabdingbare Voraussetzung für das Entstehen dieser Gesellschaften ist⁴¹⁷: „A me sembra non potersi vietare che la società civile assuma questo o quell'organismo purché non si convengano patti illeciti. La legge non deve porre confini alla libertà, se non quando questa possa ledere gli altrui diritti o turbare l'ordine pubblico. Essa non deve inceppare lo sviluppo dell'umana attività anzi deve essere sua cura di togliere gli ostacoli e di facilitare ogni sua libera esplicazione. Quindi se una società non avente per oggetto il commercio reputi necessario o per lo meno utile al suo scopo di rivestirsi delle forme commerciali, sarebbe vessatoria quella legge, che con ingiustificabile divieto vi ponesse impedimento, Ai nostri tempi poi è una necessità economica il rendere possibili alle società civili quelle forme, senza le quali ad esse riuscirebbe sommamente malagevole di raccogliere, con limitate contribuzioni ed al coperto da eccessivi rischi, i mezzi necessari per raggiungere il proprio scopo, e talvolta per altro modo questo scopo conseguir non potrebbero. Il saggio legislatore, il quale comprenda la sua missione, che è quella di favorire il provvido svolgimento dello spirito di associazione in tutte le manifestazioni della vita sociale e di studiare e regolare i fatti che spontaneamente s'introducono nelle consuetudini e relazioni di diritto privato, non può né deve vietare e sopprimere arbitrariamente code-

⁴¹⁷ „Oggi le società civili possono, mediante stipulazioni abilmente congegnate, giovarsi dei vantaggi delle società in nome collettivo e di quelle in accomandita, ma non è loro dato di ottenere i benefici della forma anonima. Ora questa impossibilità è in molti casi dannosa e illogica. Non si vede infatti per quali motivi le associazioni intese ad istituire biblioteche popolari, a tenere pubbliche letture, ad aprire sale di conversazione, a fare esercizi o dare accademie di musica, di scherma, di ginnastica, e a cento altri scopi di pubblica utilità e di lecito trattenimento, ma estranee al commercio, debbano vedersi negata una forma di costituzione per cui la responsabilità dei soci sia limitata a certe messe, quando è questa non di rado una condizione indispensabile perché possano aver vita”. Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Castagnola), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 618.

*sti fatti, allorché l'esperienza li dimostri giovevoli al soddisfacimento dei nuovi e crescenti bisogni*⁴¹⁸.

Es steht außer Frage, dass das Gericht bei der Feststellung, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtmäßig als eine Handelsform gegründet wurde, festzustellen hatte, ob der Zweck der Gesellschaft ein vom Zivilgesetzbuch zugelassener Zweck war^{419–420}.

Hingegen wurden während der Diskussionen zur Ausarbeitung des Codice di Commercio von 1882 einige ausländische Rechtssysteme als Referenz herangezogen, um Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Form einer Handelsgesellschaft zu gestatten, einschließlich des deutschen Rechts. Hervorzuheben sind dabei das preußische Gesetz von 1864 und das Gesetz vom 24. Mai 1870 des Norddeutschen Bundes:

„Ci accosteremo così sostanzialmente [...] alla legge prussiana del 13 febbraio 1864 e a quella germanica del 24 maggio 1870, la quale ultima estende la forma anonima alle società civili, applicando loro, in questa parte, le disposizioni medesime imposte alle società commerciali“⁴²¹.

Es ist besonders darauf hinzuweisen, dass selbst die spätere italienische Lehre, im Kommentar zu den im Codice di Commercio von 1882 enthaltenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, auf deutsches Recht verweist: Insbesondere erinnert Ercole Vidari in einem Kommentarhandbuch der Handelsgesetzgebung an das deutsche Beispiel, wonach „più logicamente [...] le società civili costituite colla forma delle società per azioni sono considerate quali commercianti e ne hanno tutti i diritti e i doveri“⁴²². Der Autor verweist auf die Artikel 174 und 208 des deutschen Gesetzes vom 18. Juli 1884 betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften⁴²³ (diese Regelung wurde dann in Artikel 210 des Codice di Commercio aufgenommen), nach denen eine

⁴¹⁸ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 625.

⁴¹⁹ „È evidente che nel dichiarare regolarmente costituita la società civile che ha assunto forme commerciali, il Tribunale dovrà vedere se lo scopo della società è uno scopo autorizzato dal Codice civile. Se la società sortirà da cotesta cerchia, se il Tribunale vedrà che la società abbia uno scopo religioso, uno scopo politico, risponderà che quella non è una società civile, e che non è luogo quindi ad accordare la sanzione che al Tribunale viene demandata dall'articolo 90. Credo che con questa dichiarazione il signor ministro potrà essere tranquillo ed accettare la formola della Commissione, la quale non è menomata dalla votazione fatta dell'emendamento del senatore Pica nella tornata decorsa [...]. Ora nella dichiarazione sono sottoposte alle disposizioni del presente Codice, s'intende che sono sottoposte anche a quelle dell'art. 90, il quale fu votato coll'emendamento Pica“. Senatore Corsi, Discussioni al Senato nell'anno 1180, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 628.

⁴²⁰ „Perché una società civile possa pigliare questa forma è necessario che sia veramente una società civile, e cioè: a) che abbia lo scopo di conseguire un guadagno patrimoniale; b) che questo guadagno sia da distribuirsi fra i soci (art. 1697 Cod. civ.)“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 585.

⁴²¹ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Castagnola), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 618.

⁴²² E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 584.

⁴²³ Fundstelle: Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1884, Nr. 22, S. 123–170.

Kommanditgesellschaft auf Aktien bzw. eine Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft gilt, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht. Vidari zitiert auch die Rechtsprechung des deutschen Obersten Gerichtshofs und der deutschen Lehre (Völderndorff, Behrend, Ring, Lehmann), in den bestätigt wird, dass in Deutschland nicht der Gegenstand, sondern die Form der Gesellschaft entscheidend ist: Die Aktiengesellschaft gilt immer als Handelsgesellschaft und dessen einzelne Geschäfte sollten als Geschäfte eines Kaufmannes betrachtet werden. Im Übrigen hat die spätere deutsche Rechtsentwicklung die Möglichkeit für Gesellschaften bürgerlichen Rechts erweitert, neben der Aktiengesellschaft auch andere Formen von Handelsgesellschaften anzunehmen:

*„Intanto la tendenza ad estendere il dominio della legge commerciale alle società civili va facendo nuovi progressi nelle legislazioni forestiere, poiché anche le società civili in nome collettivo e in accomandita semplice vi furono espressamente assoggettate nel nuovo Cod. di comm. germanico“*⁴²⁴.

In Italien fand die Diskussion zu diesem Thema nur auf theoretischer und nicht auf legislativer Ebene statt:

*„Le società civili possono essere costituite colla forma dell'anonima, dell'accomandita o della cooperativa per azioni, e in qualsiasi di queste forme acquistano la personalità giuridica. Ma non possono conseguirla colle forme della società in nome collettivo ed in accomandita semplice. Questa ipotesi fu spesso posta innanzi nella scuola per completare la teoria delle società civili vestite di forme commerciali, ma non si presenta nella pratica, perché i soci cercano nelle forme sociali un presidio per diminuire non per accrescere la loro responsabilità. Nessuna questione giudiziaria era sorta a questo proposito prima della promulgazione del Codice vigente, nessun interesse offeso dal silenzio della legge ne aveva invocato i provvedimenti. Quindi l'ipotesi di una società civile munita di quelle forme rimase fuori del Codice, e poiché non vi può essere personalità giuridica là dove la legge non l'autorizza, così quelle forme sociali saranno impotenti ad attribuirle“*⁴²⁵.

d. Allgemeine Bestimmungen zu den Gesellschaften

Gemäß Artikel 82 des Codice di Commercio von 1882 werden die eingebrachten Sachen Eigentum der Gesellschaft, sofern nichts anderes bestimmt ist. Die deutsche Gesetzgebung war viel spezifischer zum Thema Einlagen und sieht vor:

„Wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen, oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Ge-

⁴²⁴ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 589, Fußnote Nr. 8.

⁴²⁵ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 588.

sellschaft. Im Zweifel wird angenommen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigenthum der Gesellschaft geworden sind” (Artikel 91 ADHGB)⁴²⁶.

Der italienische Gesetzgeber entschied sich gegen dieses System und hielt diese Unterscheidung für überflüssig: „Parve all’Ufficio centrale di non doversi seguire l’esempio di tutte quelle distinzioni, le quali risultano dall’indole della cosa in sé, o dalla convenzione”⁴²⁷.

In engem Zusammenhang mit der Frage der Gründung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften steht die Frage der Regelung der Form des Gesellschaftsvertrages. Gemäß Artikel 87 des Codice di Commercio von 1882 bedarf der Gesellschaftsvertrag der Schriftform, während Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften durch eine öffentliche Urkunde gegründet werden müssen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die deutsche Regelung von der italienischen unterscheidet, da das ADHGB die schriftliche Form zum Vertragsschluss der offenen Handelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaften nicht vorschreibt (Artikel 85⁴²⁸ und 150⁴²⁹ ADHGB). Trotz dieses Unterschieds zwischen der italienischen und der deutschen Regelung – die während der Vorarbeiten hervorgehoben und sorgfältig bewertet wurde⁴³⁰ – kann eine Ähnlichkeit zwischen den beiden Systemen festgestellt

⁴²⁶ „La legislazione germanica distingue le cose consumabili e non consumabili e prevede che le cose consumabili divengono proprietà della società, mentre le cose non consumabili divengono proprietà della società solo quando ne è fatta una stima, non soltanto per determinare il modo con cui vengano distribuiti gli utili, ma propriamente per determinare che s’intende conferire il valore piuttosto che la cosa. Inoltre è stabilita la presunzione per cui in caso di dubbio la proprietà si intende trasferita quando ci sia la cosa accettata e ricevuta nell’inventario con le firme anche di tutti i sottoscrittori”. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 345.

⁴²⁷ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 345.

⁴²⁸ Artikel 85 ADHGB: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder anderer Förmlichkeiten nicht“.

⁴²⁹ Artikel 150 ADHGB: „Eine Commanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen beteiligen (Commanditisten), während einem oder mehreren anderen Gesellschaftern die Beteiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter). Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Gesellschaft. Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung nicht“.

⁴³⁰ „[Il senatore Cabella] raccomandavaci di non alterare l’indole nazionale del nostro diritto col seguire troppo facilmente gli esempi stranieri. Ebbene: questa volta la legge che segue il sistema propugnato dall’onorevole senatore Cabella si è la legge germanica, e noi, qualche volta sospetti perfino di plagio, siamo quelli che ci discostiamo da essa. Si è la legge germanica che per la società in nome collettivo e per l’accomandita semplice non impone, non solo sotto condizione di nullità, ma in verun riguardo l’atto scritto, e solo richiede l’atto notarile o giudiziale per le società per azioni. Perché noi non ci siamo conformati in questo alla legge germanica? Perché ci era d’uopo di rivolgere lo sguardo a quelle necessità che ci aveva rivelato una giurisprudenza nostra, e la giurisprudenza formatasi nell’applicazione di Codici, ai quali anche troppo si è conformato il Codice vigente. L’onor. Senatore Cabella ci ha detto che nessun in-

werden, da beide darauf abzielen, größtmögliche Sicherheit zu gewährleisten: Obwohl das deutsche Gesetz die schriftliche Form nicht vorschreibt, muss die Gründung der Gesellschaft dennoch vor dem Handelsgericht schriftlich anerkannt werden:

„Anche questo codice richiede però che tutti i soci riconoscano in iscritto la costituzione della Società personalmente, o in forma autentica, dinanzi al Tribunale di commercio, e in tal modo provvedono ad assicurare un mezzo di pruova che non sia soggetto ai pericoli ed alle incertezze della pruova testimoniale”⁴³¹.

e. Bestimmungen zu offenen Handelsgesellschaften

Hinsichtlich offener Handelsgesellschaften wurde der italienische Gesetzgeber von Deutschland beeinflusst, auch schon in der Ausarbeitung der Handelsgesetzgebung von 1865:

„Il Codice italiano del 1865, nell'intento di rin vigorire nelle società in nome collettivo i vincoli fra i soci, e d'impedire che taluno fra essi eserciti a danno della società una perniciosa concorrenza nella stessa specie di commercio, aggiunse alcuni divieti fondati nella consuetudine e nella necessità della buona fede commerciale (art. 115 e 117). In ciò il Codice italiano ha imitato utilmente le disposizioni degli art. 96 e 97 del Codice germanico, senza seguirlo nelle altre parti della diffusa trattazione di questa materia, necessaria in Alemagna per la mancanza di un Cod. civ. comune a tutti gli Stati, per i quali era destinato quel Codice di commercio. Adottando in parte le proposte del Progetto preliminare, il Progetto senatorio aggiunse, rispetto all'uso della firma sociale, alle facoltà dei soci amministratori, all'efficacia delle deliberazioni sociali ed alle relazioni di diritto de' soci fra loro, alcune disposizioni che doveano rendere più completa la legge, e codificare le norme già introdotte negli usi e nella giurisprudenza”⁴³².

Betreffend das Handelsgesetzbuch von 1882, hat das deutsche Recht in das italienische Recht in erster Linie in Bezug auf die Befugnisse der Verwalter, das Vermögen der Gesellschaft zu veräußern und zu belasten, Einfluß genommen. Artikel 107 dazu lautet:

„Le altre facoltà dei soci amministratori sono regolate secondo le disposizioni degli articoli 1720 a 1723 del codice civile. La maggioranza determina-

conveniente si è verificato finora, e che quindi bastava introdurre nella nostra legge il sistema del Codice vigente. Ma è forse vero, che abbiamo sinora questo diritto così certo, così evidente? Come possiamo ammettere ciò, se le osservazioni della magistratura delle Università ci mettono sott'occhio, come una necessità, quella di togliere le controversie e le dubbiezze a cui dà luogo?”. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 382.

⁴³¹ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 357 ff.

⁴³² Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 395.

ta dalle quote d'interesse decide sulle opposizioni di uno o più socii indicate nel numero I° dell'articolo 1723".

Obwohl der Artikel dies nicht ausdrücklich vorsieht, sieht die korrekte Auslegung der Bestimmung vor, dass der Verwalter auch die Immobilien der Gesellschaft veräußern und hypothekarisch belasten kann, ohne, dass eine besondere Vollmacht erforderlich ist, da der Verwalter in der Lage sein muss, alle für die Ausübung der Gesellschaft nützliche Geschäfte auszuführen. Diese Auslegung entspricht der Bestimmung des Artikels 114 ADHGB, welcher lautet:

„Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten. Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schließt, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte".

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird von den Vorarbeiten⁴³³, der italienischen Rechtsprechung⁴³⁴ sowie der Lehre bestätigt:

„I poteri degli amministratori non hanno, nel silenzio del contratto, altri limiti che quelli segnati dall'oggetto della società, e quindi possono compiere tutte le operazioni che servono a quell'esercizio anche mutando e rimutando le proprie deliberazioni secondo il beninteso interesse della società. Possono [...] dare in pegno o in ipoteca i beni della società, acquistare immobili destinati al suo esercizio o all'impiego stabile dei suoi capitali. Ma non potrebbero compiere gli atti che fossero in contraddizione coll'esercizio che fu loro af-

⁴³³ „Si ritrae dunque dal richiamo degli articoli 1720 a 1723 Codice civile, che il socio amministratore, salvo che ne abbia speciale mandato, non può alienare e gravare beni immobili. Questa restrizione, sia pure ammissibile nei rapporti fra soci, non può reggere in confronto dei terzi. Si vedrebbe di buon grado accolta nel nuovo Codice la massima sancita dall'articolo 194 del Codice germanico che il socio amministratore possa anche alienare ed aggravare i beni immobili spettanti alla Società. I motivi recanti nei verbali delle conferenze di Norimberga vincono ogni argomento in contrario. La facoltà di assumere obbligazioni racchiude pur quella di guarentirle con ipoteca. Questa è già una mezza alienazione. I terzi non possono immaginare che l'amministratore abbia limiti nella disposizione del sociale patrimonio. S'egli può disporre liberamente della parte mobile di questo, che ne è anche d'ordinario la parte di gran lunga maggiore, non ha vi ragione sufficiente per limitarne le facoltà rispetto ai beni immobili. La Camera adunque, combinando il disposto degli articoli 114 e 117 del Codice germanico, propone si sostituisca all'articolo 109: I soci amministratori hanno diritto di contrarre qualsiasi obbligazione per conto sociale, non esclusa la facoltà di alienare e di aggravare i beni immobili appartenenti alla società. Una limitazione del mandato non produce effetto in confronto dei terzi. Benché la Commissione del Codice stimi superflua l'aggiunta proposta dalla Camera di commercio di Roma, nondimeno io credo la si debba accogliere, affinché sia tolto ogni dubbio". S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 401.

⁴³⁴ Vgl. Berufungsgericht Venedig, 23. Januar 1880; Kassationsgericht Florenz 30. Dezember 1880.

*fidato; non potrebbero [...] alienare o impegnare l'opificio o il banco sociale, eccettoché la vendita o il pegno abbiano per iscopo di procurare i mezzi necessari alla continuazione dell'azienda sociale*⁴³⁵.

Das deutsche Recht hat die italienischen Vorschriften zu den offenen Handelsgesellschaften auch hinsichtlich des Wettbewerbsverbot beeinflusst, d.h. das Verbot der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, dass ohne die Zustimmung der anderen Gesellschafter unbeschränkte Gesellschafter einer anderen Gesellschaft mit demselben Ziel zu sein und Geschäfte auf eigene bzw. fremde Rechnung in derselben Geschäftstätigkeit durchzuführen (Art. 112⁴³⁶). Ursprünglich hatten die Verfasser des Codice di Commercio in Erwägung gezogen, den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft die Teilnahme an einer anderen Gesellschaft, egal in welcher Position, absolut zu verbieten. In der Folge wurde dieser Vorschlag als übertrieben angesehen und es wurde beschlossen, das einzige Verbot für unbeschränkt haftende Gesellschafter vorzusehen, um den „spirito di associazione“⁴³⁷ nicht zu behindern. Diese Stellungnahme beruhte auf dem deutschen Recht, das ausdrücklich erwähnt wurde:

„Le Camere di Padova e di Verona reputano eccessivo si voglia vietare ad un socio di possedere azioni di un'impresa avente lo stesso oggetto della Società alla quale appartiene, o di prendervi parte come socio accomandante. Io mi accosto a quest'ultimo parere, confortato anche dall'esempio del Codice germanico (art. 96), perché veramente l'interesse limitato di un semplice accomandante o di un azionista non basta a giustificare la restrizione di cui si tratta, e perché mi parrebbe eziando di recar nocumento allo spirito di associazione, se fosse tolto alle accomandite, e specialmente alle società per azioni, di raccogliere i loro capitali tra le persone più esperte delle imprese alle quali si accingono”.

In der Tat sieht der Artikel 96 ADHGB eine Regelung vor, die dem Artikel 112 des Codice di Commercio 1882 entspricht:

„Ein Gesellschafter darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen. Eine Genehmigung der Theilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter an je-

⁴³⁵ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 157.

⁴³⁶ Artikel 112 des Codice di Commercio von 1882: „I socii in nome collettivo non possono prendere interesse, come socii illimitatamente responsabili, in altre società aventi lo stesso oggetto, né fare operazioni per conto proprio o per conto di terzi nello stesso commercio, senza il consenso degli altri socii. Il consenso si presume se l'interesse o le operazioni preesistevano al contratto di società ed erano noti agli altri socii, e questi non pattuirono che dovessero cessare”.

⁴³⁷ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 405.

ner Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehme, und gleichwohl das Aufgeben der Theilnahme nicht ausdrücklich bedungen worden ist” (Art. 96 ADHGB). „Der Artikel geht weder von der Rücksicht aus, dass der Gesellschafter dem gesellschaftlichen Betrieb seine ganze Thätigkeit zuwenden müsse und daher nicht anderweit Handel treiben dürfe [...], noch von der Betrachtung, dass der Gesellschafter durch einigen Handelsbetrieb und noch mehr durch Eintritt in eine andere Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Vermögensverluste riskire, welche indirect auch der ersten Gesellschaft nachtheilig sein würden. Der Artikel beruht vielmehr auf der Erwägung, dass einerseits ein Gesellschafter, welcher im Handelszweige der Gesellschaft allein oder gemeinschaftlich mit Andern ebenfalls Handelsgeschäfte macht, in der Lage ist, vermöge seiner Kenntniss der Verbindungen der Gesellschaft, sowie sonstiger deren Geschäftsbetrieb betreffenden Thatfachen, derselben eine gefährliche Concurrenz zu bereiten [...], und dass andererseits ein Conflict zwischen den gesellschaftlichen Interessen und den Privatinteressen des Gesellschafters leicht entstehen kann, und zu befürchten ist, dass der Gesellschafter diese mehr als jene wahren, überhaupt jene auf Kosten dieser vernachlässigen werde, z. B. dass er die sich darbietende Gelegenheit zu vortheilhaften Geschäftsabschlüssen für sich und nicht für die Gesellschaft ausbeuten werde“⁴³⁸.

f. Bestimmungen zu Kommanditgesellschaften

Die Vorschriften zu Kommanditgesellschaften wurde in mehreren Punkten von der deutschen Gesetzgebung beeinflusst. In Bezug auf die Frage, unter welchen Bedingungen der Kommanditist möglicherweise gezwungen ist die unrechtmäßig ausgeschütteten Gewinne gemäß Artikel 117⁴³⁹ des Codice di Commercio von 1882 zurückzuzahlen, wurden während der Vorarbeiten die Regelungen des deutschen Gesetzbuches (Artikel 165 ADHGB⁴⁴⁰) berücksichtigt, welches – in einer dem italienischen Recht entsprechenden Art und Weise – vorsieht, dass die Dividenden, die der Kommanditist in Treu und

⁴³⁸ F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 226.

⁴³⁹ Artikel 117 des Codice di Commercio von 1882: „Il socio accomandante è tenuto, sino al limite della sua quota, a rispondere delle sue perdite e dei debiti sociali. Non può essere costretto a restituire le quote d'interesse e i dividendi sociali da lui percepiti in buona fede, e secondo bilanci regolarmente compilati dai quali risultino utili corrispondenti. Accadendo una diminuzione del capitale sociale, questo deve essere reintegrato cogli utili successivi prima che si possa far luogo al pagamento di ulteriori dividendi”.

⁴⁴⁰ Artikel 165 ADHGB: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Commanditist nur mit der Einlage, und soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage. Die Einlage des Commanditisten kann während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch theilweise zurückbezahlt oder erlassen werden. Zinsen können ihm von der Gesellschaft nur insoweit bezahlt werden, als dadurch die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird. Er kann bis zur Wiederergänzung der durch Verlust verminderten Einlage weder Zinsen noch Gewinn beziehen. Er haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat. Er ist jedoch nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn zurückzuzahlen, welche er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat“.

Glauben aufgrund einer in Treu und Glauben erstellten Bilanz erhält, nicht zurückgegeben muss:

„Ma rimane una questione di non piccolo momento, quella cioè delle condizioni nelle quali l'accomandante può esser costretto a restituire gli utili distribuiti indebitamente. Codesta questione ha dato luogo a molte dispute e fu variamente risolta. [...] Il Codice germanico (art. 165) esclude l'azione di restituzione, qualora gl'interessi o i dividendi siano stati percepiti in buona fede, ed in base ad un bilancio in buona fede compilato”⁴⁴¹.

In Bezug auf die Regelungen des Eingriffsverbots des Kommanditisten in die Verwaltung der Gesellschaft sieht Artikel 118 des Codice di Commercio von 1882 vor, dass der Kommanditist an der Verwaltung der Gesellschaft, unter der Strafe der unbeschränkten Haftung gegenüber Dritten, nicht teilnehmen darf:

„L'accomandante non può fare verun atto di amministrazione che produca diritti od obbligazioni alla società, nemmeno per procura generale o speciale per una serie o classe di affari. Ogni atto contrario a questo divieto lo rende responsabile senza limitazione e solidariamente verso i terzi per tutte le obbligazioni della società. Se la procura è speciale per un determinato affare, egli assume personalmente e solidariamente colla società le obbligazioni derivanti da esso. I pareri e i consigli, gli atti d'ispezione e di sorveglianza, la nomina o la revocazione degli amministratori nei casi preveduti dalla legge, e le abilitazioni date all'amministratore nei limiti del contratto sociale per gli atti eccedenti le sue facoltà, non obbligano il socio accomandante”.

Während im Zuge der Vorarbeiten für den Codice di Commercio von 1882 zunächst beschlossen wurde sich an das deutsche System anzupassen⁴⁴² – welches annimmt, dass ein Kommanditist im Interesse der Gesellschaft handeln kann, wenn er als Handlungsbevollmächtigter oder Mandatar bei den Verpflichtungen, die sich aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften ergeben, handelt, ohne dafür persönlich verantwortlich zu sein, es sei denn, er handelt ohne ausdrücklich zu erklären, dass er als Handlungsbevoll-

⁴⁴¹ S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 408 ff.

⁴⁴² „Riassumendo la discussione, il presidente osserva che, mentre l'assoluta abolizione del divieto d'immistione degli accomandanti muterebbe essenzialmente la natura dell'accomandita, il sistema adottato anche dal Codice germanico (art. 167), di permettere all'accomandante la veste di institore o mandatario revocabile ad nutum, presenta minori difficoltà, perché non vi sarà obbligazione né responsabilità propria, e in ogni caso i Tribunali potranno di caso in caso riconoscere se nella sostanza siasi o meno voluto deludere la legge, e se fino a quanto il mandato basti a coprire la responsabilità. Messa quindi ai voti, risulta respinta la proposta di abolire cogli articoli 122 e 123 del Codice di commercio il divieto dell'immistione del socio accomandante negli affari della società, e la Commissione adotta invece a maggioranza l'altra proposta che sia permesso all'accomandante di agire come institore o mandatario a sensi dell'articolo 167 del Codice germanico”. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 415.

mächtiger oder Mandatar der Gesellschaft handelt (Artikel 167 ADHGB⁴⁴³-⁴⁴⁴) – wurde dieses System danach abgelehnt⁴⁴⁵. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass eine solche Bestimmung die Kommanditgesellschaft entarten lassen würde, deren Begründung auf der eingeschränkten Haftung der Kommanditisten beruht, die, weil sie nicht zur Erfüllung sozialer Verpflichtungen aufgefordert werden, die Gesellschaft nicht verwalten können, denn eine Verwaltung, die von jemandem ausgeführt wird, der keine Haftung trägt, wäre leichtsinnig⁴⁴⁶:

*„La ragione che operò più efficacemente nella compilazione della legge fu questa: si volle impedire che gli accomandanti, fatti audaci da una responsabilità limitata a una piccola quota, si avventurassero per cupidigia di grossi guadagni in imprese arrischiate, insidiando tanto il nome e la fortuna degli accomandatari come la fiducia dei creditori sociali“*⁴⁴⁷.

Die Bestimmung des deutschen Gesetzbuches basiert dagegen auf der Prämisse, dass die Kommanditisten mehr als alle anderen am Wohlstand der Gesellschaft interessiert

⁴⁴³ Artikel 167 ADHGB: „Die Kommanditgesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten. Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht. Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet“.

⁴⁴⁴ „Da der Commanditist begriffsmässig von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und zu dieser nur der persönlich haftende Gesellschafter berechtigt ist, so gerirht sich der Gesellschafter, welcher als Gesellschafter für die Gesellschaft d.h. im Name der Gesellschaft contrahirt, dem andern Contrahenten gegenüber als persönlich haftender Gesellschafter und haftet daher auch gemäss dieser in der Gestion liegenden Erklärung. Contrahirt der Commanditist aber nicht als Gesellschafter, sondern nur als Bevollmächtigter, so ist ein Grund eine Erweiterung seiner Haftung anzunehmen nicht vorhanden. [...] Ob der Commanditist durch das von ihm abgeschlossene Geschäft auch die Gesellschaft verpflichtet, hängt davon ab, ob er durch den Gesellschaftsvertrag oder durch eine Vollmacht der geschäftsführenden Gesellschafter zum Abschluss von Verträgen im Namen der Gesellschaft berechtigt war“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 387-388.

⁴⁴⁵ „In una posteriore seduta: Il comm. Corsi prega la Commissione a voler esaminare nuovamente quella determinazione che contiene una innovazione per la quale il concetto della società in accomandita troverebbesi, a di lui avviso, sconvolto“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 415; „Siamo stati più cauti della legge germanica [...]; più ritenuti di quanto eravamo incoraggiati da più parti; spero perciò trovi la nostra proposta benevolo accoglimento“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 418.

⁴⁴⁶ „Una deviazione fu permessa nelle contrattazioni commerciali a favore dei soci accomandanti, i quali sono ammessi a partecipare ai lucri del commercio senza correre altro rischio che fino alla concorrenza del capitale a tale scopo conferito. Ma tale deviazione fu sempre e doveva necessariamente essere alligata alla condizione indeclinabile che gli accomandanti si astenessero da ogni ingerenza nell'amministrazione degli affari della società, appunto perché, essendo sicuri di non arrischiare che una parte minima della loro fortuna, potrebbero essere tentati di correre ad operazioni troppo arrischiate, e perché, essendovi uno o più soci responsabili indefinitamente, non è giusto che l'accomandante possa comprometterli senza incorrere in eguale responsabilità“. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 415.

⁴⁴⁷ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 181.

sind und, dass ihre Teilnahme an der Tätigkeit der Gesellschaft ihr nicht schädigen könnte:

„Le disposizioni che s'informano al modello tedesco ammettono che l'accomandante possa concludere affari per la società purché dichiari espressamente di trattare come mandatario, e ciò per non privarla dell'opera di chi è più d'ogni altro interessato alla sua prosperità“⁴⁴⁸.

In Bezug auf den Widerruf des Vorstandes der Kommanditgesellschaft auf Aktien sieht Artikel 119 Absatz 1 des Codice di Commercio von 1882 die Möglichkeit vor, dass die Hauptversammlung den Vorstand in Anwesenheit der durch Artikel 158 des Handelsgesetzbuches festgelegten Mehrheit (d.h. Zustimmung von den Gesellschaften, die die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten) widerrufen kann:

„Nelle società in accomandita per azioni l'amministratore può essere revocato per deliberazione dell'assemblea generale degli azionisti presa colla maggioranza richiesta nell'articolo 158, riservata ai soci dissenzienti la facoltà concessa nel penultimo capoverso dell'articolo stesso“.

Die Relazione Mancini erklärt in dem Teil der sich auf die Beschreibung dieses Artikels bezieht, dass im Gegensatz zu den Kommanditgesellschaften – wo die Vorstandsmitglieder eine so wesentliche Figur für die Gesellschaft sind, dass deren Änderung einen Wandel der Gesellschaft mit sich bringt – der Widerruf des Vorstandes bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Weiterführung der Gesellschaft nicht verhindert⁴⁴⁹. Darüber hinaus beruft sich Mancini auf das ADHGB⁴⁵⁰, der (ebenso wie das italienische Handelsgesetzbuch) den Ausschluss des geschäftsführenden Gesellschafters (allerdings mit einer anderen Mehrheit als in dem italienischen Handelsgesetzbuch) anstelle der Auflösung der Gesellschaft vorsieht, wenn der Auflösungsgrund in der Person dieses Gesellschafters liegt,⁴⁵¹:

⁴⁴⁸ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 182.

⁴⁴⁹ „Nella società in accomandita semplice la persona del socio gerente è un elemento così essenziale del contratto, che ogni cambiamento di quella persona in un'altra distrugge il contratto esistente, e dà vita ad un contratto affatto nuovo, anche perché il cambiamento dell'amministratore porta con sé un cambiamento della ragione sociale. Ciò dovrebbe a rigore, e per lo stesso motivo, applicarsi nel silenzio della legge anche alla società in accomandita per azioni; ma l'indole speciale di questa, e la sua grande analogia colle società anonime per la preponderanza del capitale sopra l'elemento personale, fecero sostenere che quella società possa per patto continuarsi non ostante la mutazione del socio gerente“. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 421.

⁴⁵⁰ „[...] il Codice germanico (art. 128 e 200) ammise espressamente che un socio complementario possa essere escluso dalla società, quando vi sia l'unanime consenso di tutti gli altri soci illimitatamente responsabili, e vi sia inoltre il voto della maggioranza degli azionisti“. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 421.

⁴⁵¹ „Haben nun die sämtlichen übrigen Gesellschafter darauf angetragen, dass derjenige, in dessen Person der Auflösungsgrund liegt, ausgeschlossen werde, so hat der Richter noch zu erwägen, ob er diese Ausschlussung aussprechen darf. Das Gesetz hat die Gesichtspunkte, welche ihn bei dieser Erwägung zu leiten haben, nicht einmal angedeutet. Man darf aber wohl annehmen, dass der Richter darauf sein Auge richten solle, ob er betreffende Gesellschafter durch den Ausschluss nicht in eine viel ungünstigere Lage

„Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Artikel 125), so kann anstatt derselben auf Ausschliessung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen“ (Artikel 128 ADHGB).

Artikel 128 bezieht sich auf offene Handelsgesellschaften, gilt jedoch aufgrund des im Artikel 200 letzter Satz enthaltenen Verweises auch für Kommanditgesellschaften auf Aktien⁴⁵².

Die Regelung für Aktiengesellschaften wurde hinsichtlich der Anzahl der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft und der von den Vorstandsmitgliedern zu leistenden Sicherheit durch deutsches Recht beeinflusst.

Zum ersten Punkt sieht Artikel 121 des Codice di Commercio von 1882 die Anwesenheit eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder vor: „La società anonima è amministrata da uno o più mandatarii temporanei, revocabili, socii o non socii“. Während der Vorarbeiten wurde diskutiert, ob nur ein die Besetzung des Vorstandes mit nur einer Person in Betracht gezogen werden oder ob die Verwaltung der Gesellschaft mehreren Personen übertragen werden sollte.

In diesem Zusammenhang wurde auf das deutsche Recht verwiesen, das vorsieht, dass es nur ein einer Aktiengesellschaften geben kann:

„Dal tenore dell'articolo 138 del vigente Codice di commercio sembra potersi desumere che una società anonima non possa avere un solo amministratore, ma debba averne almeno due. Questa restrizione non esiste nel Codice germanico, nelle leggi inglese e francese e nel Progetto svizzero, e dovrebbe essere abolita anche presso di noi [...]“⁴⁵³.

Es geht um Artikel 227 ADHGB, der vorsieht, dass der Vorstand der Aktiengesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen kann:

„Jede Actiengesellschaft muss einen Vorstand haben (Artikel 209, Ziff. 7⁴⁵⁴). Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen; diese können besoldet oder unbesoldet, Actionäre oder Andere sein. Ihre Bestel-

versetzt würde, als durch Auflösung der Gesellschaft, und ob es gerechtfertigt werden könne, ihn in diese ungünstige Lage zu bringen. Für diese letztere Frage wird es namentlich von Bedeutung sein, ob der Gesellschafter den Ausschliessungsgrund verschuldet hat oder nicht“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 325.

⁴⁵² „Im Uebrigen gelten die Artikel 123 bis 128 auch für die Commanditgesellschaft auf Actien“.

⁴⁵³ Memoria del Ministro Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 422-423. Dazu vgl. auch S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 423.

⁴⁵⁴ Artikel 209, Ziff. 7 ADHGB: „Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muss insbesondere bestimmen: [...] 7) die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft; [...]“.

lung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen“.

Die im vorherigen, im Codice di Commercio von 1865 enthaltenen Regelungen wurden daher geändert und es wurde die Möglichkeit geschaffen, dass innerhalb der Aktiengesellschaften auch nur eine Person Vorstand sein kann⁴⁵⁵,

*„[...] giacché non v'ha ragione di vincolare la società ad avere più amministratori quando in talune contingenze possono essere amministrate e dirette con minore spesa e maggior efficacia da una sola persona“*⁴⁵⁶.

Die Gründe, aus denen sich die Pflicht eine Mehrzahl an Vorstandsmitgliedern zu bestellen nicht ergibt, lassen sich in folgenden Überlegungen zusammenfassen: Es erscheint angebracht, die Entscheidung über die Anzahl der erforderlichen Vorstandsmitglieder den einzelnen betroffenen Gesellschaften zu überlassen⁴⁵⁷; Kollegialität ist nicht

⁴⁵⁵ „L'amministrazione può essere affidata a uno o a parecchi amministratori (art. 121). Quando sono parecchi costituiscono un consiglio (collegium), organo collettivo che delibera per mezzo della sua maggioranza e nel cui grembo tutti i membri sono legati da un vincolo di solidarietà“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 354.

„L'amministrazione ordinaria della società può essere affidata a uno o a più amministratori, che allorchando sono più di uno, formano il consiglio di amministrazione. Questo esercita la stessa funzione del singolo amministratore, ma la esercita collettivamente, cosicché non è ogni singolo membro del consiglio di amministrazione, ma l'intero consiglio nella sua totalità, che prende la posizione giuridica dell'unico amministratore. [...] Il Codice non ha dato un ordinamento completo dal consiglio di amministrazione, né si è formata una pratica dominante a questo proposito né in Italia né all'estero. Per lo più questi consigli sono molto numerosi: molti consiglieri vi partecipano volentieri per speculare in borsa sul rialzo e sul ribassi delle azioni, per profittare degli affari sociali a vantaggio dei propri; altri per la vanità di figurarvi accanto a banchieri e a uomini politici influenti; altri per farne un vero mestiere, sedendo nei consigli di parecchie società, dove accumulano senza fatica medaglie di presenza e partecipazioni agli utili. Entro questo numeroso consiglio lo statuto ora costituisce un comitato di pochi, che delibera più discretamente sugli affari correnti, radunandosi frequentemente e dando notizia periodica delle deliberazioni all'intero consiglio per mezzo dei propri verbali; ora delega a un consigliere la direzione ordinaria dell'azienda sociale, ed ora gli dà semplicemente l'ufficio di cooperare col direttore alla spedizione degli affari ordinari. Lo statuto tien conto talvolta nell'amministrazione anche dei benefici effetti della divisione del lavoro, affidando stabilmente ad ogni amministratore un ramo degli affari sociali, diverso per l'oggetto o per la sede: il Codice tien conto di questo ordinamento nel regolare la responsabilità degli amministratori“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 376 ff.

„Benché possa essere affidata ad un solo amministratore, tuttavia in pratica si suole nominare un consiglio abbastanza numeroso di amministratori che col loro nome e colle loro influenze accrescono il credito dell'impresa“. C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 91.

⁴⁵⁶ Memoria del Ministro Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 422-423. Dies wird in der Memoria Finali wiederholt: Vgl. S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 423.

⁴⁵⁷ „D'altronde la società anonima deve adattarsi anche alle piccole imprese, e in queste più specialmente l'obbligo della pluralità degli amministratori può riuscire non solo inopportuna ma anche gravosa“. Relazione Vigliani, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 424.

immer für Verwaltungstätigkeiten geeignet⁴⁵⁸; im Falle einer Vielzahl von Vorstandsmitgliedern könnte deren relative Verantwortung tatsächlich verringert werden⁴⁵⁹.

g. Gemeinsame Bestimmungen zu Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften

In Teil IV, Abschnitt I, Titel IX des Codice di Commercio von 1882, das den „Disposizioni comuni alle società in accomandita per azioni ed anonime“ gewidmet ist, gibt es einige Bestimmungen die durch deutsches Recht beeinflusst wurden. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Codice di Commercio von 1882 das bereits in dem Codice di Commercio von 1865 übernommene System aufrechterhielt, das einige gemeinsame Regeln für Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vorsah.

Auch das deutsche Gesetzbuch, das ursprünglich eine getrennte Regelung für Kommanditgesellschaften auf Aktien vorsah, verringerte die Unterschiede durch das Gesetz vom 24. Mai 1870 des Norddeutschen Bundes:

„Il Codice nostro applica alle società in accomandita per azioni le norme stesse stabilite per le società anonime, con le sole modificazioni richieste dalla sua indole speciale, e questo sistema io vorrei fosse mantenuto. Vero è che alcune legislazioni hanno trattato con singolare diffidenza le società in accomandita per azioni. Il Codice germanico prefigge un limite al taglio delle azioni, mantiene senza alcuna restrizione, sino all'intero versamento delle loro azioni, la responsabilità dei sottoscrittori, vieta loro di emettere azioni al portatore e loro prescrive di avere un Consiglio di sorveglianza, mentre non estende alcuno di questi divieto e prescrizioni alle anonime. [...] Ma ormai questa diffidenza si è generalmente dissipata, le differenze di trattamento che si riscontrano riguardo alle due specie di società nel Codice germanico sono, se non tolte, assai sminuite nella legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord; [...]“⁴⁶⁰ „Questa tendenza ad un pari trattamento delle Società in accomandita per azioni e delle anonime si è manifestata nel Codice germanico e nel Codice italiano, nel senso però di estendere ad entrambe le medesi-

⁴⁵⁸ „Nelle società commerciali, come negli Stati, appartiene ai più il compito di dettar le regole a chi governa e di sindacarne gli atti; ma il potere amministrativo non si esercita, d'ordinario, collegialmente. E di fatto, sebbene nelle società anonime si sia introdotto e mantenuto l'uso dei Consigli di amministrazione, per cagioni che non è qui luogo di ricordare, e non sempre lodevoli, questi Consigli sono più che altro una finzione, perché non amministrato direttamente, ma sibbene col mezzo di un direttore o di un delegato“. Memoria Finali, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 423.

⁴⁵⁹ „Io dubito forte che mal si provveda alla floridezza delle società anonime, quando le si costringano a moltiplicare i loro amministratori, e che, per ripartire la responsabilità materiale sopra un maggior numero di persone e renderla più valida, si spenga o almeno si attenui grandemente la responsabilità morale dell'amministratore“. Memoria Finali, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 423.

⁴⁶⁰ Memoria Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 437-438.

*me specie i vincoli, che nella Legislazione francese erano ristretti alle sole Società anonime; mentre invece nella Legge germanica del 10 giugno 1870 [...] esse furono parificate dinanzi al principio di libertà, salve e cautele e guarentigie, di cui fosse dimostrata la necessità*⁴⁶¹.

aa. Gründung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften

Bezüglich der Gründung von Gesellschaften gibt es Ähnlichkeiten bei der Form der Gründung der Gesellschaft und der Notwendigkeit, dass das Gesellschaftskapital vollständig gezeichnet und ein bestimmter Geldbetrag gezahlt wird, um die Gründung der Gesellschaft durchzuführen.

In Bezug auf die Gründungsform der Gesellschaft kann sie gemäß Artikel 128, 129 und 130 auf zwei Arten gegründet werden: (i) durch öffentliche Zeichnung der Aktien; (ii) durch Vereinbarung einiger Partner, die alle zeichnen⁴⁶². Artikel 128 lautet:

„La società può essere costituita con uno o più atti pubblici, nei quali, in concorso dei sottoscrittori dell'intero capitale sociale, sia accertata l'esistenza delle condizioni prescritte dalla legge, e siano nominati gli amministratori e le persone incaricate di sostenere l'ufficio di sindaci sino alla prima assemblea generale”.

Diese Regelung – die den Gesellschaften, „che non hanno bisogno di ingenti capitali“ und die dadurch gegründet werden,

*„per mezzo di un certo numero di capitalisti, senza pubblicazione di manifesti e senza raccogliere sottoscrizioni. Nel qual caso, se i capitalisti a tale uopo accordatisi soddisfano a tutte le condizioni volute dalla legge, è giusto ed opportuno che l'atto di fondazione possa produrre l'effetto suo senza bisogno di altre formalità”*⁴⁶³

gewidmet ist – zielt darauf ab, die Aktionäre gegen Missbrauch durch die Gesellschaftsgründer zu schützen⁴⁶⁴ und bietet ein Gegengewicht zur Abschaffung der Regierungsgenehmigung für die Gründung von Gesellschaften:

⁴⁶¹ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 438.

⁴⁶² „La società può costituirsi in due modi: mediante la sottoscrizione pubblica delle azioni (costituzione continuata) o mediante un accordo di pochi soci che le sottoscrivono tutte (costituzione simultanea). Queste due forme di costituzione si distinguono essenzialmente per ciò, che nella costituzione continuata la base della società sta nelle sottoscrizioni autentiche raccolte individualmente dai soci, e nella costituzione simultanea sta nella sottoscrizione di tutti i social contratto sociale”. C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Mailand, 1926, S. 82-83.

⁴⁶³ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 105.

⁴⁶⁴ „La costituzione delle società anonime ha dato frequenti occasioni in tutti i paesi ed anche in tempi recenti a deplorevoli abusi dei loro fondatori. Profittando della fiducia degli azionisti, essi riuscirono spesso a farsi assegnare un grande numero di azioni quale compenso di conferimenti in natura, di fatiche, di progetti, cui davano un valore esagerato e le misero in circolazione anche prima che tutto il capitale fosse sottoscritto, illudendo il pubblico col vanto di un capitale che ancora non esisteva. Con false notizie, con programmi ingannevoli o con altri artifici, fecero salire il corso delle azioni, collocandole nelle mani di povera gente, di operai, di domestici, di piccoli commercianti, che ritiravano in cambio dei loro risparmi

„Non è dubbio che la solennità dell'atto pubblico conferisca maggior sicurezza al contratto, rimuovendo ogni pericolo di controversie sulla verità delle sottoscrizioni e di tutti quei fatti e quelle dichiarazioni che seguirebbero davanti al notaio, e ciò sembra invero assai opportuno ove si tenga conto dei grandi interessi che sono ordinariamente involti nelle società anonime, ed ove si consideri che, abolita l'autorizzazione governativa, cessa quel sindacato che si compieva dalla pubblica autorità riguardo all'adempimento delle condizioni richieste dalla legge per la costituzione della società. D'altra parte il far intervenire alla redazione dell'atto costitutivo una persona dotata di una certa perizia nelle discipline legali e rivestite dell'autorevole carattere di pubblico ufficiale, porge sicuramente qualche guarentigia di serietà per le società che si formano e sminuisce il pericolo di quelle risoluzioni precipitose, alle quali si acconcia assai più il semplice atto scritto”⁴⁶⁵.

Während das Handelsgesetzbuch von 1865 das Erfordernis der öffentlichen Urkunde für die Gründung von Aktiengesellschaften, das im Code de commerce und im sardischen Gesetzbuch von 1842 vorgesehen war, aufgehoben hatte, beschlossen die Verfasser des Codice di Commercio von 1882, diese Bestimmung wieder einzusetzen, auch aufgrund des deutschen Rechts (Artikel 208 – siehe Par. 3.a.aa.):

„Il Codice francese del 1807 (art. 50) e il Codice sardo del 1842 (art. 49) disponevano che le società anonime non potessero formarsi altrimenti che per atto pubblico. Nel Codice del 1865 questa disposizione scomparve, ed è solo richiesto l'atto scritto, come per le società in nome collettivo e in accomandita. A me pare che convenga ritornare alla prescrizione dell'atto pubblico, seguendo l'esempio [...] del Codice germanico e della legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord”⁴⁶⁶.

Artikel 131 des Codice di Commercio von 1882 lautet:

„Per procedere alla costituzione della società è necessario che sia sottoscritta per intero il capitale sociale, e siano versati in danaro da ciascun socio

un foglio di carta senza valore. Quando non poterono spacciare immediatamente le azioni, si prepararono l'occasione di un più lento ma lucroso collocamento distribuendo coi primi bilanci lauti dividendi, nel cui pagamento impiegavano i primi versamenti fatti dagli azionisti. Le grandi Banche, che dovrebbero aiutare la costituzione delle nuove imprese col più scrupoloso senso di responsabilità, favorirono spesso ogni genere di emissioni, pur di guadagnare delle laute provvigioni sui collocamenti dei titoli. Questi furti, che l'impunità legale rese molto frequenti, non solo pregiudicarono i disgraziati possessori delle azioni, ma screditarono eziando, le imprese onestamente progettate, che non poterono costituirsi. Questa dolorosa esperienza ci dà la ragione del sistema complicato e diffidente con cui le leggi si sono ingegnate di garantire nella fondazione dell'impresa l'integrità del suo capitale contro gli abusi dei promotori, e dell'indole imperativa delle sue disposizioni, che restringono la libertà dei contraenti in limiti insolitamente ristretti”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 204-205.

⁴⁶⁵ Memoria Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 443-444.

⁴⁶⁶ Memoria Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 443-444.

tre decimi di quella parte del capitale consistente in numerario che è rappresentata dalla sua quota o dalle azioni da lui sottoscritte, sempreché nel programma dei promotori non sia prescritto il versamento d'una somma maggiore. Non si possono emettere nuove azioni sino a che le precedenti non siano intieramente pagate. In nessun caso possono emettersi per somma minore del loro valore nominale. Le società che hanno per oggetto esclusivo della loro impresa le assicurazioni possono costituirsi col versamento in danaro di un decimo del valore delle azioni sottoscritte da ciascun socio”.

Der Artikel legt zunächst fest, dass das Gesellschaftskapital vollständig gezeichnet sein muss, um mit der Gründung der Gesellschaft fortzufahren. Diese Bestimmung war bereits im Codice di Commercio von 1865 (Artikel 135) enthalten, und die Verfasser des Gesetzbuches hielten es für angebracht, sie im neuen Gesetzbuch beizubehalten, wenn auch mit einigen wesentlichen Änderungen: Während im vorherigen Gesetzbuch vier Fünftel des Gesellschaftskapitals gezeichnet werden mussten, ist im neuen Handelsgesetzbuch die Zeichnung des gesamten Gesellschaftskapitals erforderlich, um von Anfang an alle möglichen Bedürfnisse der Gesellschaft zu bewältigen⁴⁶⁷. Diese Bestimmung entspricht deutschem Recht⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹. Tatsächlich sieht Artikel 177 ADHGB zu Kommanditge-

⁴⁶⁷ „La materia disciplinata da quest'articolo è, in parte, quella di cui dice l'articolo 135 del Codice precedente; ma le discipline sono diverse, e parecchie anche nuove affatto. Intanto, mentre per il Codice precedente bastava che fosse sottoscritto per quattro quinti il capitale sociale, il Codice attuale vuole che sia sottoscritto per intero; perché la ragione e l'esperienza insegnano che una società ha da poter sempre disporre fino dal primo momento di sua vita di tutto il proprio capitale, diversi e molteplici e impreveduti potendo essere i bisogni sociali fino da quei primi tempi; e perché se tutto non occorre il capitale sottoscritto, tanto vale sottoscrivere solo quella parte che fa bisogno”. E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884, S. 107-108.

⁴⁶⁸ „Il nostro Codice di commercio prescrive pure all'articolo 135, che per la costituzione della società debba essere versato il decimo delle azioni sottoscritte. Anche questa disposizione, la quale non esisteva nel vecchio Codice francese e nel Codice sardo del 1842, fu accolta dalla Commissione del 1865, all'intento d'impedire che si costituiscono società mancanti di ogni seria guarentigia. [...] E io penso che giovi mantenere la disposizione del Codice nostro che è conforme a quella del Progetto belga ed a quella accolta, almeno con norma generale, dalla legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord. Vedrà la Commissione, se a somiglianza di quest'ultima legge, non convenga far luogo ad un'eccezione a favore delle compagnie di assicurazione, le quali possono in generale soddisfare gl'indennizzi coi soli premi anticipatamente o simultaneamente riscossi, limitando cioè per esse il versamento per la costituzione della società a un ventesimo soltanto del capitale sociale”. Memoria Castagnola, in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 448-449.

⁴⁶⁹ „Le proposte della Commissione, specialmente per quel che riguarda la sottoscrizione del capitale, non incontrano soltanto il disfavore del nostro ceto mercantile, ma contrastano con le più perfette legislazioni straniere, perché le Leggi belga, francese e tedesca vogliono che il capitale sia sottoscritto per intero. [...] Se le azioni sono interamente sottoscritte, [la società] può, con la libera disposizione del suo capitale, superare le difficoltà e prepararsi giorni migliori; ma se nol furono da principio, essa spererebbe invano di trovare nuovi soci ed andrebbe in rovina, non per l'indole dell'impresa assunta, ma per averla affrontata con mezzi insufficienti. E danno uguale ne soffrirebbero i soci ed i terzi. La legge non deve rendersi complice di queste imprevidenze e di questi danni; ad essa non si domanda di moltiplicare le Società e di affrettarne la costituzione, ma sibbene di guarentire gli interessi che in esse sono involti. Piuttosto che avere un gran numero di Società deboli ed inferme, preferisco ve ne sian poche e robustamente costituite”. Memoria Finali, in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 449-450.

sellschaft auf Aktien vor: „Der Anmeldung Behufs der Eintragung in das Handelsregister muss beigefügt sein: 1) die Bescheinigung, dass der gesammte Betrag des Capitals der Commanditisten durch Unterschriften gedeckt ist; [...]“⁴⁷⁰.

Der Artikel sieht auch vor, dass ein bestimmter Teil des Kapitals in Geld gezahlt wird, um mit der Gründung der Gesellschaft fortzufahren. Auch diese Bestimmung war bereits im Codice di Commercio von 1865 enthalten, aber während der Vorarbeiten für den Codice di Commercio von 1882 wurde der Umfang der Zahlung diskutiert. Dabei wurde auch das deutsche Beispiel berücksichtigt⁴⁷¹⁻⁴⁷²⁻⁴⁷³. Schließlich wurde beschlossen, einen anderen Umfang als den deutschen vorzusehen:

„[...] il Progetto senatorio aumentò la misura richiedendo il versamento di tre decimi di quella parte di capitale consistente in numerario, che è rappresentata dalle azioni sottoscritte da ciascun socio. Il sistema di esigere un versamento di qualche rilievo era già invalso appo noi da parecchi anni senza inconvenienti, nella pratica amministrativa del Ministero di agricoltura, industria e commercio; e tutto consiglia a non desistere da questa cautela, la quale presenta in pratica una reale malleveria delle serietà degli affari, e della volontà dei contraenti di adempiere le obbligazioni sociali. Perciò l'articolo 129 del Progetto definitivo conserva l'obbligo del versamento di tre decimi delle quote od azioni sociali; vietando inoltre che le azioni in verun caso possono emettersi per somma minore del loro valore nominale“⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ „Die Vorschriften dieses Artikels sollen so viel wie möglich verhüten, dass die Form der stillen Gesellschaft auf Actien zu unreellen Geschäften und zum Actienschwindel benutzt wird.“ F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 405.

⁴⁷¹ „L'articolo 135 del Codice di commercio in vigore richiede che il capitale della società anonima sia sottoscritto almeno per quattro quinti. [...] A me sembra che la disposizione in discorso sia una valida guarantee che le società si costituiscano serie e vitali; né essa potrà recare ostacolo ai successivi aumenti del capitale sociale, ora che l'abolizione d'ogni ingerenza governativa renderà agevole rinnovare e mutare ad ogni occorrenza gli atti costitutivi [...]. Vegga l'illustre Commissione e il chiarissimo collega a cui mi rivolgo, se per raggiungere più completamente lo scopo, non convenga richiedere senz'altro che tutto il capitale sia sottoscritto, come fanno il Progetto belga, la legge francese del 1867 e la legge germanica del 1870.“ Memoria Castagnola, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 448.

⁴⁷² „Di minor rilevanza, ma fonte di maggiori dubbiezze è il problema relativo alla proporzione, che deve correre tra il capitale di una Società e la somma dei versamenti richiesta per renderne legale la costituzione. [...] La Commissione propone che sia di un decimo, come appunto è prescritto dal Codice attuale e dalla legge germanica [...]“. Memoria Finali, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 449-450.

⁴⁷³ Der Artikel 177 ADHGB über die Kommanditgesellschaft auf Aktien lautet: „Der Anmeldung Behufs der Eintragung in das Handelsregister muß beigefügt sein: [...] 2) die Bescheinigung, daß mindestens ein Viertheil des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages von ihm eingezahlt ist; [...]“.

⁴⁷⁴ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 453-454.

bb. Der Vorstand

Auch die Regelungen über den Vorstand von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaft – die auf den maximalen Schutz der Interessen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger abzielt, indem sie die Freiheit des Vorstandes einhält⁴⁷⁵ – ähnelt teilweise dem deutschen Recht in Bezug auf die Erklärung ihrer Bestellung, das Verbot der Vorstandsmitglieder, Aktien der Gesellschaft zu erwerben, und die Pflichten des Vorstandes bei einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals.

Artikel 139 des Codice di Commercio von 1882 sieht unter den Pflichten des Vorstandes vor, dass seine Bestellung beim Handelsgericht mitgeteilt werden muss,

„onde chiunque possa informarsi delle persone che l'amministrano e la rappresentano [la società]”⁴⁷⁶. „Gli amministratori hanno l'obbligo di chiedere, e i promotori devono consegnare ad essi tutti i documenti e le corrispondenze attinenti alla costituzione della società. Essi devono notificare la loro nomina alla cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società, entro tre giorni dacché ne hanno avuto notizia, con atto da essi sottoscritto alla presenza del cancelliere o altrimenti in forma autentica”.

Die Mitteilung der Bestellung an das Handelsgericht ist äußerst wichtig, da die Bestellung eine wesentliche Voraussetzung für die Gründung einer Gesellschaft darstellt (Artikel 134, Nr. 4 des Codice di Commercio von 1882)⁴⁷⁷. Die Mitteilung der Bestellung setzt selbstverständlich die Annahme der Bestellung voraus⁴⁷⁸. In den Vorarbeiten wird hierzu das ADHGB erwähnt:

„Nessuno può dubitare che agli amministratori sia innanzi tutto necessario di poter esercitare efficacemente il loro ufficio, e che a tal uopo essi debbono tosto porre mano alla somma degli affari sociali, ed immettersi senza ritardo nell'esercizio delle loro funzioni. Da ciò l'obbligazione di raccogliere

⁴⁷⁵ „Siccome la buona riuscita di ogni impresa civile o commerciale, ma più commerciale che civile, dipende dalla sua ordinata e regolare amministrazione; e siccome gli amministratori di una società non sono soltanto i mandatarii di essa, ma, per di più, i depositarii del potere sociale, incaricati di vegliare alla completa ed esatta osservanza della legge e dello statuto, quasi una specie di magistrati sociali; così le disposizioni del Codice sono anche preordinate a questo duplice scopo. Però, se è necessario lasciare agli amministratori una certa libertà di apprezzamento delle condizioni sociali ed una certa libertà quindi di condotta e di azione; è anche gran d'uopo che la responsabilità loro sia rigorosa e indeclinabile”. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 115-116.

⁴⁷⁶ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 355.

⁴⁷⁷ „La nomina degli amministratori è una condizione imprescindibile per la costituzione della società (art. 134, n. 4), cosicché se la nomina fu omessa, ogni socio può chiedere la propria liberazione dal vincolo sociale (art. 99), poiché tanto vale non presentare lo statuto che presentarlo privo di un requisito essenziale”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 354.

⁴⁷⁸ „Si presume che gli eletti abbiano accettato l'ufficio se entro tre giorni dacché hanno avuto notizia della loro nomina non lo rifiutano. Se devono entro tre giorni dacché ne ebbero notizia notificare al tribunale la loro nomina (art. 139) vuol dire che si presume la loro accettazione ancorché non l'abbiano dichiarata. Ciò è conforme ai principi che valgono pel mandato commerciale, art. 351, 718”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 355.

*senza indugio atti amministrativi iniziati da' promotori, e di denunciare tosto la loro nomina alla Cancelleria del Tribunale di commercio, deponendo ivi in forma autentica la forma di cui dovranno servirsi nella trattazione degli affari sociali. La prima disposizione è desunta dal Progetto prelim., e l'opportunità della seconda, di cui abbiamo l'esempio nel Codice germanico e nella legge belga, si dimostra da sé*⁴⁷⁹.

Siehe hierzu Artikel 228 ADHGB bezüglich der Aktiengesellschaft, der lautet:

„Die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes müssen alsbald nach ihrer Bestellung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Der Anmeldung ist ihre Legitimation beizufügen. Sie haben ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen, oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen. Das Handelsgericht hat die Mitglieder des Vorstandes zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten“.

Gemäß Artikel 144 des Codice di Commercio von 1882 ist es den Vorstandsmitgliedern untersagt, im Namen der Gesellschaft, vorbehaltlich der vorgesehenen Ausnahmen, Gesellschaftsaktien zu erwerben:

„Gli amministratori non possono acquistare le azioni della società per conto di essa, salvo il caso in cui l'acquisto sia autorizzato dall'assemblea generale, e sempreché si faccia con somme prelevate dagli utili regolarmente accertati e le azioni siano liberate per intero. In nessun caso essi possono accordare sulle azioni stesse alcuna anticipazione“.

Die Voraussetzungen, unter denen der Erwerb von eigenen Aktien zulässig ist, sind die Folgenden: wenn (i) der Erwerb von der Hauptversammlung genehmigt ist; (ii) der Erwerb mit regelmäßig ermittelten Gewinnen bezahlt wird; (iii) es sich um eingezahlte Aktien handelt. Die ratio des Artikels besteht darin, zu vermeiden, dass eine Unterschlagung des Gesellschaftskapitals (d.h. der Absicherung der Gesellschaftsgläubiger) vorgenommen wird⁴⁸⁰. Dieser Artikel entspricht Artikel 215 ADHGB, das durch das Gesetz

⁴⁷⁹ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 469.

⁴⁸⁰ „L'impiego dei danari sociali nell'acquisto delle azioni sociali, e le sovvenzioni od anticipazioni fatte ai socii su tali azioni, sono operazioni che si risolvono in altrettante indebite sottrazioni del capitale sociale, cioè della sola garanzia che hanno i creditori. Quelle operazioni sono anche spesso un mezzo disonesto per influire sul corso delle azioni, facendo apparire un credito ingannevole, o mascherando il discredito della società coll'impedire che le azioni vengano portate sul mercato a basso prezzo. Di più, per effetto di esse gli amministratori possono trovarsi in grado di esercitare una perniciosa influenza sulle deliberazioni dell'assemblea generale, procacciando a sé stessi ed ai socii conniventi una maggioranza fittizia. – Ecco le ragioni del divieto contenuto nella prima parte di questo articolo“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 119-120.

„Sulle finalità dell'arti. 144 nel nostro diritto sono concordi gli autori. Si è voluto impedire che attraverso l'acquisto delle proprie azioni venga ad impiegarsi il capitale sociale in titoli i quali potrebbero aver perduto in tutto od in parte il loro valore proprio nel giorno in cui quel capitale debba esser chiamato a rispondere dei debiti sociali. [...] La dottrina italiana (al contrario di quella tedesca) dà in genere poco rilievo a questo scopo della norma, sebbene esso risulti, sia pure con terminologia poco esatta, dai lavo-

vom 11. Juni 1870 die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften betreffend eingeführt wurde. Dieser Artikel sieht u.a. vor: „Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben“⁴⁸¹. In der Tat wurde dieser in den Vorarbeiten erwähnt:

*„La legge germanica vieta assolutamente (art. 215) alle società per azioni l'acquisto delle proprie azioni, ma per concorde assentimento della dottrina e della giurisprudenza il divieto ammette parecchie eccezioni, quando a mo' d'esempio, l'acquisto sia fatto in seguito a regolare deliberazione nello scopo di porre in atto una diminuzione del capitale sociale, o d'impiegare nel modo più conveniente all'interesse generale de' soci una parte degli utili conseguiti, o di dare effetto alle sanzioni stabilite nello statuto contro gli azionisti debitori morosi de' prescritti versamenti“*⁴⁸².

In Bezug auf die Pflichten des Vorstandes bei Verlust des Gesellschaftskapitals wurde während der Vorarbeiten das deutsche Gesetzbuch als Beispiel genommen⁴⁸³. Jedoch un-

ri preparatori. Ma diremmo che non ha minore importanza, dal punto di vista della disciplina giuridica delle anonime, lo scopo, indicato nel testo, di impedire indirette riduzioni di capitale al di fuori delle condizioni previste dalla legge. Si potrebbe, infatti, limitandosi al primo scopo, obiettare che non è solo l'acquisto delle azioni della società stessa che potrebbe far entrare nel suo patrimonio degli elementi destinati a procurare amare delusioni ai creditori: si pensi ai vari titoli di aziende prive di serio valore, ai crediti inesigibili, ecc., che entrano in quel patrimonio e possono indebolirlo non meno dell'operazione vietata dall'art. 144. [...] A questo fondamento della norma deve aggiungersene un altro: la necessità di impedire quelle larvate od indirette riduzioni di capitale che potrebbero compiersi, al di fuori delle condizioni volute dalla legge, mediante l'acquisto delle proprie azioni. Nel momento in cui l'art. 144 era formulato non si prevedeva ancora quale sviluppo avrebbe preso la lotta fra i vari gruppi per impadronirsi dell'amministrazione della società o per conservarla; ma anche allora si era visto nel suddetto articolo un mezzo per impedire un ingiusto dominio degli amministratori mediante i voti delle azioni acquistate col patrimonio sociale, nonché per impedire abusive influenze sul corso delle azioni". A. De Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, Band IV von Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante, Turin, 1938, S. 293-294.

⁴⁸¹ Artikel 215 ADHGB: „Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Gesellschaft durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren aufgelöst werden soll. Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben. Sie darf eigene Aktien auch nicht amortisieren, sofern dies nicht durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen, den letzteren abändernden, vor Ausgabe der Aktien gefaßten Beschluß zugelassen ist“.

⁴⁸² Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 473-474.

⁴⁸³ „Allorquando il capitale sociale esistente in numerario o in oggetti valutabili in danaro si trovi diminuito di un terzo, le condizioni della società sono senza dubbio abbastanza pregiudicate, perché sia opportuno che i soci ne siano tosto avvertiti, senza aspettare che la diminuzione giunga alla metà del capitale, come dispongono il nostro Codice vigente, il Codice germanico, la Legge belga, ecc. [...] Con queste disposizioni e con l'altra che la perdita di due terzi del capitale sociale opera di pieno diritto lo scioglimento della società, e che nei casi di fallimento le obbligazioni stabilite nel libro III incombono agli amministratori della società fallita, si chiude la serie delle norme concernenti i doveri degli amministratori. La prima dichiarazione è conforme al Codice vigente (art. 142) [...] e la seconda è desunta dal Codice germanico (articolo 240). Entrambe sono opportune a prevenire i danni maggiori ed a togliere di mezzo le incertezze della giurisprudenza". Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 480.

terscheiden sich die Bestimmungen des italienischen Gesetzbuches und des deutschen Gesetzbuches zum Teil: Während Artikel 146 des Codice di Commercio von 1882⁴⁸⁴ die Einberufung der Hauptversammlung im Falle einer Kapitalherabsetzung von einem Drittel vorsieht, muss das gemäß Artikel 240 ADHGB⁴⁸⁵ bei einer Kapitalherabsetzung von bis zur Hälfte des Grundkapitals geschehen. Beide Gesetzbücher sehen jedoch die Pflicht des Vorstandes vor, den Insolvenzantrag beim Gericht einzubringen:

„Quando la società si trovi in istato di fallimento, gli amministratori devono chiederne la dichiarazione al tribunale secondo le disposizioni del libro terzo” (Artikel 146 des Codice di Commercio von 1882); „Ergiebt sich, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, so muss der Vorstand hiervon dem Gericht behufs der Eröffnung des Concurres Anzeige machen“ (Artikel 240 ADHGB).

In Bezug auf die Haftungsklage gegen den Vorstand sieht Artikel 152 des Codice di Commercio von 1882 vor, dass die Zuständigkeit zur Ausübung dieser Klage der Gesell-

⁴⁸⁴ Artikel 146 des Codice di Commercio von 1882: „Quando gli amministratori riconoscano che il capitale sociale è diminuito di un terzo, devono convocare i soci per interrogarli se intendano reintegrare il capitale o di limitarlo alla somma rimanente o di sciogliere la società. Allorché la diminuzione giunga ai due terzi del capitale, lo scioglimento ha luogo di diritto, se i soci convocati in assemblea non deliberino di reintegrarlo o di limitarlo alla somma rimanente. Quando la società si trovi in istato di fallimento, gli amministratori devono chiederne la dichiarazione al tribunale secondo le disposizioni del libro terzo”.

⁴⁸⁵ Artikel 240 ADHGB: „Ergiebt sich aus der letzten Bilanz, dass sich das Grundcapital um die Hälfte vermindert hat, so muss der Vorstand unverzüglich eine Hauptversammlung berufen und dieser sowie der zuständigen Verwaltungsbehörde davon Anzeige machen. Die Verwaltungsbehörde kann in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen und nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen. Ergiebt sich, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, so muss der Vorstand hiervon dem Gericht behufs der Eröffnung des Concurres Anzeige machen“.

schaft⁴⁸⁶, genauer der Hauptversammlung zusteht⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸. Diese übt sie durch die Mitglieder des Aufsichtsrates aus, wobei auch die einzelnen Gesellschafter das Verhalten des Vorstandes, das sie für unrichtig halten, den Mitgliedern des Aufsichtsrates melden können. Der Aufsichtsrat meldet das der Hauptversammlung oder muss die Hauptversammlung einberufen, falls die Anzeigerstatte mindestens ein Zehntel des Gesellschaftskapitals vertreten:

„L'azione contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità compete all'assemblea generale, che la esercita per mezzo dei sindaci. Ogni socio ha però diritto di denunciare ai sindaci i fatti che crede censurabili, ed essi devono tener conto delle ricevute denunce nelle loro relazioni all'assemblea. I sindaci sono obbligati di presentare intorno ai fatti denunciati le loro osservazioni e proposte, allorché la denuncia è fatta dai socii che unitamente rappresentano almeno un decimo del capitale sociale. La rappresentanza del decimo si giustifica col deposito dei titoli delle azioni presso un istituto di emissione legalmente costituito, o presso un notaro del luogo dove è stabilita la sede della società, o presso i sindaci. I titoli devono restare depositati sino all'esito della prossima assemblea generale e servono anche a legittimare l'intervento dei deponenti a tale assemblea. Se i sindaci reputano fondato ed urgente il reclamo dei socii rappresentanti il decimo del capita-

⁴⁸⁶ Die Haftungsklage der einzelnen Gesellschafter gegenüber den Verwaltern wurde stattdessen durch das Zivilgesetzbuch (Artikel 1151 ff.) und durch das Strafgesetzbuch (Artikel 293) geregelt. „Nell'esercizio di questa azione può farsi attore anche chi non è proprietario delle azioni per cui ha sofferto il danno; basta che produca la prova di averle acquistate e rivendute con perdita. Non ha bisogno dell'attuale possesso dell'azione, perché egli non deriva il suo diritto di risarcimento dalla qualità di socio ma dalla qualità di danneggiato“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 485.

Auch den Gesellschaftsgläubigern steht eine eigene Klage gegen die Verwalter zu. „I creditori che corrono il rischio di perdere il loro credito hanno un'azione propria contro gli amministratori e i sindaci per costringerli a reintegrare il capitale sociale che hanno colpevolmente sciupato (art. 147). Essi la esercitano in nome proprio, ma collo stesso contenuto che avrebbe se fosse esercitata dagli azionisti: la reintegrazione del patrimonio sociale“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 485.

⁴⁸⁷ „La società che diede il mandato è la sola che possa chiederne conto o assolvere i mandatarî colpevoli. Custode del proprio patrimonio, garanzia dei creditori e degli azionisti, essa sola può esercitare le azioni che tendono a reintegrarlo. Custode dei libri e delle carte sociali, essa sola possiede i mezzi per condurre efficacemente la propria difesa, che gli azionisti potrebbero pregiudicare con difese incomplete o colludendo cogli amministratori. [...] Quindi l'assemblea, organo supremo della società, vindice delle offese che ha sofferto, è padrona dell'azione civile di responsabilità contro gli amministratori, quale che sia il suo fondamento giuridico, e giudica sovraneamente sulla opportunità di esercitarla“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 473 ff.

⁴⁸⁸ „È molto difficile trovare una soluzione che soddisfi tutti gli interessi e rispetti tutti i diritti impegnati in questo tema. Da un lato non conviene porre i soci in balia alle decisioni di maggioranze, che talvolta rappresentano solo in modo fittizio gli interessi sociali; ma tuttavia è pericoloso dar facoltà ad ogni individuo (e nelle società per azioni è molto agevole a ciascuno di diventare socio o almeno di vestirne l'apparenza) di costringere con un'azione giudiziaria gli amministratori a svelare i segreti delle società, turbandone le operazioni e il regolare andamento“. Memoria del ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 494.

le sociale, devono convocare immediatamente un'assemblea generale; in caso diverso devono riferirne alla più vicina. L'assemblea deve sempre prendere una deliberazione intorno al reclamo".

Das Gesetz überträgt die Ausübung der Haftungsklage den Mitgliedern des Aufsichtsrates, aber dies ist keine zwingende Regel⁴⁸⁹. Die italienischen Vorschriften zur Haftungsklage, die mit dem Codice di Commercio von 1882 eingeführt wurden, hat der vorherige Gesetzgeber von 1865 mit der Einführung eines funktionelleren Systems verabschiedet. Weiters wurden diese zweifellos vom deutschen Recht beeinflusst, wie in der italienischen Rechtslehre ausdrücklich genannt:

„Il difetto del diritto precedente consisteva nella libertà concessuta alla società, ai singoli azionisti e ai singoli creditori di esercitare quell'azione contro gli amministratori. Da questa libertà di iniziative giudiziarie concessuta ai singoli azionisti ed ai singoli creditori derivava la libertà dei ricatti, onde anche gli amministratori più incensurabili, per risparmiare all'azienda sociale il discredito di una lite e di un'inchiesta, si rassegnavano a redimersi con indegni compensi. [...] Lo sforzo delle leggi e della giurisprudenza tende oggidi a trasformare quelle molteplici azioni sociali e individuali in due azioni collettive, l'una della società, l'altra dei creditori sociali, dirigendole allo scopo semplice e preciso di reintegrare il capitale sociale, cosicché ciascuno vi attinga quanto gli spetta, prima i creditori, poi gli azionisti. In questo senso il diritto ora vigente in Italia segna un notevole progresso al paragone del diritto precedente e del diritto francese, e coincide in molti punti essenziali col diritto vigente in Germania"^{490, 491}.

⁴⁸⁹ „L'esercizio dell'azione di responsabilità è affidato dalla legge ai sindaci. Questa disposizione non ha nulla di assoluto; l'assemblea, che è padrona dell'azione, è padrona eziando di scegliere la persona che deve esercitarla. E questa potrà essere scelta anche fra gli amministratori in carica, se i colpevoli hanno lasciato l'ufficio, poiché la rappresentanza della società e l'esecuzione delle deliberazioni dell'assemblea costituiscono la funzione normale degli amministratori (art. 89, n. 8; 147, n. 4). L'art. 152 ha voluto soltanto risolvere una posizione delicata, quella in cui gli amministratori restino in carica benché l'assemblea abbia deliberato di esercitare l'azione di responsabilità contro di essi, ipotesi possibile anche perché l'azione di responsabilità può avere un contenuto limitato". C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 479.

⁴⁹⁰ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 471-472.

⁴⁹¹ „Affinché la responsabilità degli amministratori delle Società produca realmente l'effetto, a cui tendono le cure del legislatore, è necessario che l'azione corrispondente possa esercitarsi senza difficoltà. Ma qui stanno di fronte due tendenze contrarie. Da un lato l'interesse del commercio e l'interesse pubblico che vi è connesso, richiedono che agli organi amministrativi della Società sia assicurata, nell'esercizio delle loro importanti funzioni, la libertà di movimento, che sarebbe turbata, se gli amministratori potessero ad ogni richiesta essere molestati e trattenuti da una minoranza faziosa e turbolenta. Dall'altro, l'interesse della giustizia richiede che ai diritti lesi sia data la dovuta soddisfazione. Da ciò due diverse correnti nella dottrina e nella legislazione, secondo che si reputa prevalente l'interesse generale all'interesse particolare, o viceversa. [...] Il Codice germanico ha introdotto un'importante distinzione, dichiarando che le azioni le quali, secondo il contratto o secondo la legge, competono agli azionisti verso gli amministratori rispetto alla gestione degli affari all'esame ed alla revisione del bilancio, alla ripartizione degli utili, allo scioglimento della società ed alla revoca di un amministratore, si esercitano da essi collettivamente nell'assemblea generale. E che le deliberazioni dell'assemblea generale sono eseguite dalla Giunta di sorveglianza (sindaci), se il contratto sociale non disponga altrimenti. Ma secondo quella legge, ogni azioni-

In der Tat sieht der Artikel 194 ADHGB über Kommanditgesellschaften auf Aktien vor, dass der Aufsichtsrath ermächtigt ist, Verfahren gegen die persönlich haftenden Gesellschafter aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung zu führen: „Der Aufsichtsrath ist ermächtigt, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Processe zu führen, welche die Hauptversammlung beschliesst. Jeder Commanditist ist befugt, als Interveniens in den Prozess⁴⁹² auf seine Kosten⁴⁹³ einzutreten. Handelt es sich um die eigene Verantwortlichkeit des Aufsichtsraths, so kann letzterer ohne und selbst gegen den Beschluss der Hauptversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen“. Es handelt sich hier um solche Verfahren, in welchen nicht nur die Gesellschaft die Rolle der Beklagten hat⁴⁹⁴. Was die Aktiengesellschaft betrifft, verweist Artikel 226 ADHGB auf die obigen Rechtsvorschrift bezüglich der Kommanditgesellschaft auf Aktien: „Handelt es sich um die Führung von Processen gegen die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrathes, so kommen die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Artikel 194, 195⁴⁹⁵) auch hier zur Anwendung“.

cc. Ausschluss eines Gesellschafters

In Bezug auf den Ausschluss eines Gesellschafters aus der Gesellschaft – deren Vorschriften in Bezug auf das bisherige Handelsgesetzbuch geändert wurden⁴⁹⁶ – sieht Artikel 187

sta è autorizzato ad intervenire a proprie spese nel giudizio promosso dalla Giunta ed inoltre gli azionisti stessi possono procedere collettivamente e nell'interesse comune contro gli amministratori, o contro i membri della Giunta di sorveglianza, col mezzo di mandatari eletti nell'assemblea generale, o designati dal Tribunale di commercio, qualora per qualsiasi motivo l'elezione non possa farsi nell'assemblea generale; né perciò si richiede che i reclamanti rappresentino una certa quota d'interesse nella società". Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 495 ff.

⁴⁹² „Auch wenn der Aufsichtsrath ausserhalb des Processes Anträge an das Gericht stellt, ist der einzelne Commanditist befugt, seine Ansichten geltend zu machen und ebenfalls Anträge zu stellen“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 418.

⁴⁹³ „Man hat es für nöthig gehalten, im Protokoll noch ausdrücklich anzumerken, dass die Worte «auf seine Kosten» nicht mehr sagen wollten, als dass der Commanditist, welcher interveniren wolle, weder Kostenvorschuss noch Ersatz seiner Kosten von der Gesellschaft verlangen könne, dass aber dadurch sein Recht nicht abgeschnitten sei, entstehenden Falls Ersatz seiner Kosten vom Processgegner zu begehren“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 418.

⁴⁹⁴ „Solche Processe werden von der Hauptversammlung beschlossen, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter eine Anforderung an die Commanditisten stellen, die Hauptversammlung aber beschliesst, diese Anforderung nicht zu erfüllen, sondern es auf einen Process ankommen zu lassen, oder wenn sie beschliesst in einem zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und einem einzelnen Commanditisten schwebenden Process als Interveniens einzutreten. Dasselbe, was von der Führung von Processen gilt, muss auch von der Stellung von Anträgen aller Art an das Gericht gelten“. F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 417-418.

⁴⁹⁵ Artikel 195 ADHGB: „Wenn die Commanditisten selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auftreten wollen oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einen Process zu führen haben, so werden sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Hauptversammlung gewählt werden. Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Hauptversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen. Jeder Commanditist ist befugt, als Interveniens in den Process auf seine Kosten einzutreten“.

⁴⁹⁶ Zu den Unterschieden zwischen dem Codice di Commercio von 1865 und dem Codice di Commercio

des Codice di Commercio von 1882 vor, dass dem ausgeschlossenen Gesellschafter kein Anspruch auf einen proportionalen Anteil an den Gesellschaftsaktien zusteht, sondern nur auf einen Geldbetrag, den Wert des Anteils darstellt: „Il socio escluso non ha diritto ad una quota proporzionale delle quote sociali, ma soltanto ad una somma di danaro che ne rappresenti il valore“. Dieser Absatz wurde auf der Grundlage des ADHGB und insbesondere des Artikels 131 dieses Gesetzbuches eingefügt:

„La Camera di Verona crede doversi aggiungere, sull'esempio dell'articolo 131 del Codice germanico, che il socio escluso non ha diritto ad una quota proporzionale dei crediti, merci, od altri beni del patrimonio sociale, ma solo a conseguire una somma di danaro che ne rappresenti il valore. Riconosco giusto questo concetto e propongo quindi la seguente aggiunta: il socio escluso non ha diritto ad alcuna quota proporzionale delle cose sociali, ma soltanto ad una somma di danaro che ne rappresenti il valore“⁴⁹⁷.

Artikel 131 ADHGB lautet:

„Ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter muss sich die Auslieferung seines Antheils am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen; er hat kein Recht auf einen verhältnissmässigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft“.

Die ratio dieses Artikels kann wir folgt zusammengefasst werden:

„Die Rechtssubjecte der Activen des Gesellschaftsfonds sind die Gesellschafter als solche. Wer aufhört Gesellschafter zu sein, hört also auch auf Rechtssubject dieser Activa zu sein. Sein Antheil geht auf die übrigen Gesellschafter ipso jure über. Dagegen tritt, da für ihn die Gesellschaft aufhört, das bei Endigung der Gesellschaft geltend zu machende Recht auf den Gesellschaftsantheil in derselben Weise in Wirksamkeit, wie wenn die Liquidation erfolgt wäre. Er erhält denjenigen Werth, welcher ihm in den Büchern der Gesellschaft als sein Antheil am Gesellschaftsvermögen gutgeschrieben ist, in Geld ausbezahlt“⁴⁹⁸.

Die Verfasser des Codice di Commercio haben dieselbe Bestimmung angenommen, die die italienische Lehre wie folgt ausgelegt hat: „[...] il ritiro della cosa stessa conferita potrebbe recar grave danno alla società, impedendo fors'anche il conseguimento degli scopi comuni“⁴⁹⁹.

von 1882 bezüglich des Ausschlusses des Gesellschafters vgl. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 165.

⁴⁹⁷ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 564-565.

⁴⁹⁸ F. von Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1867, S. 329.

⁴⁹⁹ E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 166.

dd. Verschmelzung

Was die Regelung über die Verschmelzung der Gesellschaften betrifft, wird auf das deutsche Recht verwiesen. Bei der Ausarbeitung des Codice di Commercio von 1882 werden die Artikel 215⁵⁰⁰, 243⁵⁰¹, 245⁵⁰² und 247⁵⁰³ ADHGB bezüglich der Verschmelzung mehrerer Gesellschaften erwähnt, die „dimostrano che anche i compilatori di quel Codice riconobbero la necessità di entrare nella materia“ sebbene secondo Mancini

*“la trattarono incompletamente, contemplando solo il caso di fusione delle società anonime e questo unicamente sotto l’aspetto dello scioglimento delle società preesistenti, lasciando intatte tutte le altre questioni”*⁵⁰⁴.

Während alle die Notwendigkeit erkannten, Vorschriften über die Verschmelzung einzuführen⁵⁰⁵, wurde auf der Grundlage der oben genannten deutschen Gesetzgebung –

⁵⁰⁰ Artikel 215 ADHGB: „Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Gesellschaft durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Actiengesellschaft gegen Gewährung von Actien der letzteren aufgelöst werden soll“.

⁵⁰¹ Artikel 243 ADHGB: „Die Auflösung der Gesellschaft muss, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Concurses ist, durch den Vorstand, bei Ordnungsstrafe, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden; sie muss zu drei verschiedenen Malen durch die hierzu bestimmten öffentlichen Blätter (Artikel 209, Ziff. 11) bekannt gemacht werden. Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden“.

⁵⁰² Artikel 245 ADHGB: „Das Vermögen einer aufgelösten Actiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Actionäre nach Verhältniss ihrer Actien vertheilt. Die Vertheilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Artikel 243) zum dritten Male erfolgt ist. In Ansehung der aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger und in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen kommen die bei der Commanditgesellschaft auf Actien gegebenen Bestimmungen (Artikel 202, Abs. 2 und 3) zur Anwendung. Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet“.

⁵⁰³ Artikel 247 ADHGB: „Die Auflösung einer Actiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Actiengesellschaft (Artikel 215) kann nur unter staatlicher Genehmigung erfolgen. Es kommen bei dieser Auflösung folgende Bestimmungen zur Anwendung: 1) Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist so lange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist. 2) Der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bleibt für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen; dagegen wird die Verwaltung von der anderen Gesellschaft geführt. 3) Der Vorstand der letzteren Gesellschaft ist den Gläubigern für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich. 4) Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister bei Ordnungsstrafe anzumelden. 5) Die öffentliche Aufforderung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft (Artikel 243) kann unterlassen oder auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Jedoch ist die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst in dem Zeitpunkte zulässig, in welchem eine Vertheilung des Vermögens einer aufgelösten Actiengesellschaft unter die Actionäre erfolgen darf (Artikel 245)“.

⁵⁰⁴ Atti della Commissione, Tornata 23 ottobre 1869, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 508.

⁵⁰⁵ „Il comm. Bruzzo conviene che delle disposizioni sieno necessarie sull’argomento proposto, e che in esse debbasi aver principale riguardo alla volontà dei contraenti, lasciando una certa libertà che non impedisca le fusioni spetto utilissime alle società e al commercio in generale. [...] Il comm. Alianelli muove dall’idea che tutte le disposizioni devono essere subordinate al concetto generale che devesi premettere

die das Schicksal der Gesellschaftsgläubiger im Fall der Verschmelzung vorsieht – vorgeschlagen. Dabei werden neben den Auswirkungen und der Art und Weise in der die Verschmelzung stattfindet, auch eine vorzunehmende Regulierung über den Status der Gläubiger der verschmelzenden Gesellschaften geregelt:

„Il prof. Carnazza-Puglisi [...] è condotto a distinguere fra le fusioni di società aventi scopo eguale o almeno corrispondente, e la fusione di società aventi scopi disparati od opposti. – Nel primo caso la fusione non può incontrare difficoltà, e solo dovrebbero curare la sorte dei creditori con disposizioni più o meno corrispondenti agl'intendimenti del Codice germanico”⁵⁰⁶.

Trotz der vorgenannten Verweise auf die deutsche Gesetzgebung, unterscheiden sich die vom italienischen Gesetzgeber erlassenen Vorschriften über die Verschmelzung hinsichtlich der Behandlung der Gesellschaftsgläubiger von den deutschen Vorschriften. In der Tat sieht der Artikel 247, Nr. 1 ADHGB vor, dass das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft so lange getrennt zu verwalten ist, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist⁵⁰⁷.

Hingegen sehen die Artikel 195⁵⁰⁸ und 196⁵⁰⁹ des Codice di Commercio von 1882 vor, dass die Gläubiger eine Frist von drei Monaten haben, um sich der Verschmelzung zu widersetzen. Innerhalb dieses Zeitraumes bleibt die Verschmelzung ausgesetzt. Danach verschmelzen die Vermögenswerte der übertragenden Gesellschaft mit dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft. Gemeinsam bilden sie das Vermögen zur gemeinsa-

sull'essenza della fusione. – La necessità di alcune idonee disposizioni è resa manifesta dallo sviluppo dello spirito di associazione; si deve lasciare eguale libertà per la costruzione che per la fusione delle società pel riflesso che se la concorrenza è spesso utile, divenuta soverchia può non di rado tornare dannosa, ma bisogna fissare le regole della fusione. [...] La varietà dei casi possibile rende assai difficile la determinazione di una esatta formola legislativa, e quindi la legge deve limitarsi a ciò che riesce strettamente necessario, cioè a determinare il grado della maggioranza atta ad esprimere la volontà della fusione, e le conseguenze di queste rispetto all'interesse delle varie categorie di creditori”. Atti della Commissione, Tornata 23 ottobre 1869, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 508-509.

⁵⁰⁶ Atti della Commissione, Tornata 23 ottobre 1869, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 508.

⁵⁰⁷ Dieser Sinn der Norm ergibt sich aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs des Deutschen Reiches vom 17. Oktober 1882 (in Entschr., IX, S. 15 ff.) und wird von der Mehrheit der Lehre bestätigt (Ring, Wiener, Hergenhausen). C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 636, Fußnote, Nr. 68.

⁵⁰⁸ Artikel 195 des Codice di Commercio von 1882: „La fusione non può avere effetto, che dopo trascorsi tre mesi dalla pubblicazione indicata nella prima parte dell'articolo precedente, salvoché consti del pagamento di tutti i debiti sociali, o del deposito della somma corrispondente nella cassa dei depositi e prestiti, o del consenso di tutti i creditori. Il certificato comprovante l'eseguito deposito dev'essere pubblicato secondo le disposizioni dell'articolo precedente. Durante il suddetto termine ogni creditore delle società che si fondono può fare opposizione. L'opposizione sospende l'esecuzione della fusione, sino a che non sia rievocata o respinta con sentenza non più soggetta ad opposizione od appello”.

⁵⁰⁹ Artikel 196 des Codice di Commercio von 1882: „Trascorso senza opposizione il termine indicato nell'articolo precedente, la fusione può essere eseguita e la società che rimane sussistente o che risulta dalla fusione assume i diritti e le obbligazioni delle società estinte”.

men Garantie der Gläubiger beider Gesellschaften, für den Zeitraum von vor und nach der Verschmelzung⁵¹⁰.

h. Gemeinsame Bestimmungen für alle Gesellschaftsformen

aa. Liquidation der Gesellschaft

Artikel 198 Abs. 2 des Codice di Commercio von 1882 sieht vor, dass alle von einer aufgelösten Gesellschaft erlassenen Urkunden die Worte „in Liquidation“ angeben müssen. Diese Bestimmung entspricht Artikel 139 ADHGB: „Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, dass sie der bisherigen, nun als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen“. Die Gründe für diese Bestimmung liegen in der Notwendigkeit von Transparenz in Bezug auf die Gesellschaftssituation:

„Questa indicazione [...] è necessaria per prevenire ogni errore intorno alla natura degli atti dei liquidatori, soprattutto per le operazioni che questi han facoltà di condurre a compimento. Essa risponde alle disposizioni relative alle notizie che debbon fornire gli atti sociali, e mentre non è di alcun aggravio sensibile, giova a guarentire gl'interessi dei terzi, specialmente quando le liquidazioni si protraggono a lungo”⁵¹¹; „La disposizione dell'alinea 2.º ha per iscopo di non lasciare mai ignorare a chicchessia che voglia o debba mettersi in rapporti giuridici con la società, che questa appunto trovasi in istato di liquidazione”⁵¹².

Gemäß Artikel 201 des Codice di Commercio von 1882 können die Liquidatoren keine neuen Geschäfte durchführen: „I liquidatori non possono intraprendere veruna nuova operazione di commercio“. In diesem Zusammenhang sah der vorherige Artikel 170 des Codice di Commercio von 1865 auch vor, dass die Liquidatoren „non possono compromettere né transigere, se non ne sono stati autorizzati nell'atto di nomina o con atto separato“. Während der Vorarbeiten schlug Minister Finali vor, das Kompromissverbot nach dem Vorbild ausländischer Gesetzgebungen, einschließlich der deutschen, aufzuheben:

⁵¹⁰ „La fusione è regolata con due sistemi diversi nel diritto vigente in Europa, il germanico e il nostro. In Germania la fusione di una società con un'altra si opera senza bisogno di liquidazione, ma i beni della società che è scomparsa continuano a formare una massa separata dai beni della società che l'assorbe, finché siano soddisfatti o garantiti tutti i suoi creditori. Vi ha così una fusione incompleta che non può raggiungere interamente il suo scopo, perché quella separazione patrimoniale pone ostacolo allo sviluppo normale e produttivo dell'unica azienda sociale risultante dalla fusione, è cagione di conflitti fra i creditori della società scomparsa e quelli derivanti dagli affari posteriori alla fusione. Invece secondo il sistema vigente in Italia i creditori hanno un termine di tre mesi per opporsi alla fusione, e durante questo termine essa resta sospesa, ma poi si opera organicamente perché i beni della società che scompare si confondono coi beni dell'altra e divengono l'unica comune garanzia dei creditori di entrambe, sia anteriori o posteriori alla fusione“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S.635-636.

⁵¹¹ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 583.

⁵¹² E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 177.

„Questa limitazione non s’incontra nel Codice germanico, nella legge belga e nel progetto svizzero, e sebbene la Commissione del Codice mostri temere le pericolose conseguenze dei giudizi arbitrari, giova avvertire che ai liquidatori sono date facoltà ben più gelose e che, siccome in essi deve pur riconoscersi la qualità di amministratori, non si può arguire, dal silenzio del mandato, che non abbiano potestà di compromettere. Tale opinione è confortata dall’articolo 9 del Codice di procedura civile, che riconosce all’amministratore il diritto di compromettere e dall’articolo 1741 del Codice civile, il quale non nega a chi è rivestito di un mandato generale codesta facoltà, sebbene gli vieti l’esercizio di altri poteri accordati al liquidatore delle società commerciali”⁵¹³; „Già ho detto delle utilità di ammettere il compromesso, il quale altresì si raccomanda, perché la consuetudine commerciale ne riconobbe per lungo tempo la facoltà nei liquidatori”⁵¹⁴.

Die Möglichkeit von Ausgleichen und Kompromissen wurde daher ausdrücklich in Artikel 203 des Codice di Commercio von 1882 anerkannt.

Artikel 203 sieht auch das Recht der Liquidatoren vor, die unbeweglichen Sachen der Gesellschaft bei einer Versteigerung zu verkaufen. Diese Bestimmung wurde auf Grundlage des deutschen Beispiels eingefügt: „Anche il Codice germanico (art. 137) accorda ai liquidatori il diritto di vendere gli immobili sociali a pubblico incanto”⁵¹⁵. Es geht um den Artikel 137 ADHGB, der die Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren regelt: „Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden”⁵¹⁶.

4. Die Genossenschaften

a. Die Genossenschaft im Codice di Commercio von 1882

Die Genossenschaften, die von dem Codice di Commercio von 1882 geregelt sind, sind Gesellschaften mit variablem Eigenkapital, die ihre Tätigkeit im Dienste ihrer Gesell-

⁵¹³ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 585-586.

⁵¹⁴ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 587.

⁵¹⁵ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 587.

⁵¹⁶ Artikel 137 ADHGB: „Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten; sie können für dieselbe Vergleiche schliessen und Compromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden“.

schafter ausüben⁵¹⁷. Ihr Zweck besteht darin, ihren Gesellschaftern Waren, Dienstleistungen oder Arbeitsmöglichkeiten zu günstigeren Konditionen als den marktwirtschaftlichen anzubieten, also um einen Vorteil zu erzielen. Es geht um Gesellschaften, die aus den bescheidensten Gesellschaftsschichten (Arbeiter, Verbraucher, Kleinbauern, Kleinhändler, Bürger oder andere Einrichtungen, die philanthropische Initiativen ergreifen) hervorgehen⁵¹⁸ und die sich gegenüber anderen Gesellschaften auszeichnen, weil sie „un'associazione fraterna e di famiglia formata unicamente coi tenui e variabili contributi del lavoro e del risparmio“ sind⁵¹⁹.

Obwohl es in Italien (wie im Ausland) bereits Formen der Zusammenarbeit gab, entwickelten sich diese Organisationen im Laufe des 19. Jahrhunderts so, dass sie eine Regelung derselben nötig machte⁵²⁰. Sicherlich hat der Gesetzgeber von 1882 die große moralische und wirtschaftliche Bedeutung der Genossenschaften erkannt, woraus sich die Notwendigkeit ableitet, dass das Gesetz diese neuen Vereinigungsformen anerkennt und reguliert,

„che scaturiscono dal fondo della coscienza popolare“⁵²¹: „Nessuno può dire d'altronde che lo scarso sviluppo che si manifesta in Italia rispetto ad alcu-

⁵¹⁷ „Le società cooperative sono società a capitale variabile che si propongono di esercitare la propria industria a servizio diretto dei soci“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 489.

⁵¹⁸ „Le società cooperative sono sorte dalle classi più umili del consorzio civile, generalmente per la libera iniziativa dei soci, come un rimedio contro i soverchi guadagni degli intermediari, che esercitavano l'industria nel proprio tornaconto; furono costituite fra operai per assumere direttamente gli appalti di lavori e ripartirsene i profitti, fra consumatori per risparmiare nelle provviste delle derrate fatte direttamente, all'ingrosso, nei luoghi d'origine; fra i piccoli agricoltori e i piccoli commercianti per ottenere il credito più a buon mercato. Talora dovettero le loro origini anche a iniziative filantropiche di cittadini, di casse di risparmio e di altre opere pie: così sorsero per lo più le cooperative costruttrici di case economiche ed igieniche da vendersi o da affittarsi. Ma da qualunque occasione le società cooperative siano sorte, la loro comune ragione di essere sta nello scopo di sopprimere gli intermediari costosi per mettersi al loro posto, onde compiere la stessa funzione economica nell'interesse di coloro che ne abbisognano“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 490.

⁵¹⁹ „La società cooperativa ha un carattere speciale che la distingue da ogni altra società, quello di un'associazione fraterna e di famiglia formata unicamente coi tenui e variabili contributi del lavoro e del risparmio. Essa non può quindi fondare le sue operazioni sopra alcuna specie di credito, all'infuori di quello che sarà per meritare in virtù dell'onestà dei suoi componenti e della regolarità della sua vita amministrativa“. Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 611.

⁵²⁰ „Forme spontanee ed avventizie se ne riscontrano nei tempi e nei paesi più remoti, per l'esercizio di qualsiasi industria, dell'agricoltura, della pesca, del commercio marittimo. Ma il movimento, sempre più esteso e penetrante, che diede luogo alla presente fioritura di cooperative in ogni ramo d'industrie e di commerci, cominciò soltanto verso il secondo quarto del secolo scorso. Un vivo interesse economico delle classi più povere diede a quel movimento una invincibile virtù di propaganda, che lo accelerò sempre più vivamente: l'interesse di creare delle imprese autonome che rivolgano i profitti della propria industria a beneficio di quelli che ne abbisognano“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 489.

⁵²¹ „Tutti riconoscono la grande importanza morale ed economica di quei nuovi istituti popolari di previdenza, di consumo, di credito, di produzione, che, informati al principio della mutualità, si riassumono in una parola che oggimai ha fatto il giro del mondo: le società cooperative. Le leggi devono pur risolversi a dare cittadinanza a queste nuove forme di associazione che scaturiscono dal fondo della coscienza popolare“. Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Minghetti), in S. Castagnola, Nuo-

*ne specie di società cooperative, che pure hanno avuto in altri paesi una rigogliosa prosperità, non derivi in gran parte dalle limitazioni prodotte dalla mancanza di una legislazione speciale. [...] Laonde non esito ad affermare che nella condizione attuale degli studi e della pratica legislativa, non possa mettersi in dubbio l'utilità di comprendere nel Codice di commercio le norme regolatrici delle società cooperative*⁵²².

Der Codice di Commercio von 1882 regelt erstmals die Genossenschaften anhand von Beispielen aus zahlreichen ausländischen Gesetzen (insbesondere der deutschen, französischen, belgischen und englischen). Viele denken, dass der Codice di Commercio von 1882 einer der Hauptfaktoren war, der entscheidend zum Wachstum der Genossenschaften beigetragen hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass ein Teil der italienischen Lehre der Ansicht ist, dass sich das Handelsgesetzbuch in Bezug auf Genossenschaften darauf beschränkt, was bereits von den bestehenden Vereinigungen praktiziert wurde, und zwar mit einem eher aseptischen Ansatz, der das Modell des Genossenschaftsunternehmens nicht fördert oder ablehnt, sondern es auf ein klar definiertes Modell zu lenken versucht⁵²³.

Wegen „l'idea essenziale della società cooperativa, più che nel diritto, deve ricercarsi nella scienza economica“⁵²⁴ ist es angebracht, die Geschichte des genossenschaftlichen Phänomens zu betrachten, um seine Natur zu erkennen und ihren Zweck richtig zu verstehen. In der Tat ist nur durch einen konkreten Ansatz möglich, den Grundgedanken der Regeln für Genossenschaften zu verstehen:

„Ricordava Pietro Verrucoli nei suoi innumerevoli scritti come non si possa utilmente disquisire di diritto cooperativo se non si conosce la storia di questo istituto, le sue origini, il ruolo socio economico che ha svolto e svolge tuttora nelle nostre società, in una parola l'identità di questo modello di impresa sospeso al crocevia del sociale, della politica, dell'economica. E infatti un approccio interpretativo delle norme sulla società cooperativa che non muovesse dalla conoscenza, per dirla come Bobbio, della natura delle cose, ossia dalla realtà della società cooperativa, corre il serio rischio di approdare, con la complicità di un tessuto normativo spesso ambiguo nei suoi contenuti, a risultati di scarsa utilità pratica. Non si tratta, come è stato detto in passato, di "inquinare" in senso ideologico la scienza giuridica, quanto, al contrario, di garantire alla stessa esiti interpretativi coerenti con la realtà di un istituto "vivo", in movimento continuo alla ricerca di un equilibrio, mai definitivo, fra ragioni dell'impresa e principi mutualistici. La conoscenza di que-

vo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 600.

⁵²² Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 607-608.

⁵²³ G. Bonfante, La società cooperativa, Band V von Trattato di diritto commerciale, G. Cottino (Hrsg.), 2014, Vorwort.

⁵²⁴ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 609.

*sta realtà è quindi il presupposto indispensabile per una lettura delle norme non viziata da astratti formalismi*⁵²⁵.

Es wäre nicht richtig, die Geschichte der italienischen Genossenschaften zu untersuchen, ohne zu berücksichtigen, welchen Einfluss ausländische Erfahrungen darauf haben. Die Genossenschaften waren nicht das Ergebnis einer italienischen Erfindung, sondern stellten ein importiertes Produkt ausländischer Modelle dar. Die Genossenschaft ist in Europa in den frühen Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts entstanden: „Furono quindi quelli dei primi decenni dell’ottocento, per la cooperazione, gli anni degli entusiasmi, degli esperimenti, dei primi fallimenti“⁵²⁶. Die Entstehung der Genossenschaften ist mit der Entwicklung der Industriegesellschaften verbunden: Die genossenschaftliche Bewegung entwickelte sich in der Mitte des 19. Jahrhunderts in ganz Europa als organisierter Ausdruck des aufstrebenden Industrieproletariats und wirtschaftlich untergeordneter Klassen in der Perspektive der letzten Definition eines gültigen Korrektursystems sozio-ökonomischer Ungleichgewichte, die durch den turbulenten Industrialisierungsprozess dieser Jahre und durch die Mechanismen der kapitalistischen Wirtschaft entstanden war. Seit den ersten Anfängen hat die Genossenschaft die Fähigkeit gezeigt, in vielen verschiedenen Bereichen Anwendung zu finden, in denen private Initiativen fehlten oder die soziale Entwicklung nicht gemeinsam mit der wirtschaftlichen Entwicklung mithalten konnte⁵²⁷. Im 19. Jahrhundert nahmen in einigen europäischen Ländern wichtige Erfahrungen der Genossenschaft Gestalt an, die bald die Merkmale realer Organisationsmodelle annahmen: Konsumgenossenschaften, Produktions – und Arbeitsgenossenschaften, landwirtschaftliche Genossenschaften und Kreditgenossenschaften.

Besonders im deutschen Gebiet können die deutschen Genossenschaften auf eine lange und spannende, von Anfang an von den Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung geprägte Geschichte zurückblicken⁵²⁸: „Eine Genossenschaft ist ein Zusammenschluss von Menschen mit ähnlichen Problemen, Interessen oder Zielsetzungen, die gemeinsam nach wirtschaftlichen Lösungen für ihre Anliegen suchen“ – so der Deutsche Bundestag⁵²⁹. Im 19. Jahrhundert lag der Schwerpunkt auf der Gründung

⁵²⁵ G. Bonfante, *La società cooperativa*, Band V von *Trattato di diritto commerciale*, G. Cottino (Hrsg.), 2014, Vorwort.

⁵²⁶ G. Bonfante, *La società cooperativa*, Band V von *Trattato di diritto commerciale*, G. Cottino (Hrsg.), 2014, S. 5.

⁵²⁷ Vgl. M. Degl’Innocenti (Hrsg.), *Le origini del movimento cooperativo*, in *Il movimento cooperativo nella storia d’Europa*, Mailand, 1988.

⁵²⁸ Vgl. O. von Gierke, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, 1868; H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3025 ff.

⁵²⁹ „Der Begriff Genossenschaft geht auf das altdeutschen Wort “noz” (=Vieh) zurück. Personen, die Anteile am Vieh oder einer Viehweide hatten, wurden als “Ginoz” bezeichnet. Die gemeinsame Viehhaltung war Angelegenheit der “ginozcaf”. Aus dem “Ginoz” wurde im Mittelhochdeutschen der “Genoz” und in der Neuzeit der “Genosse”. In Erweiterung seines ursprünglichen Sinngehalts sind Genossen Personen mit gemeinsamen Erfahrungen und/oder Zielen (vgl. z.B. Kampf-, Eid – oder Bundesgenossen)“. Deutscher Bundestag, *Zur Geschichte und aktuellen Situation von Genossenschaften*, 12. Februar 2018, Ausarbeitung WD 1 – 3000 – 001/18.

von Kreditgenossenschaften für Handwerker und Bauern sowie auf landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften⁵³⁰. Erfinder und zugleich Verwirklicher waren zwei Philanthropen, Hermann Schulze von Delitzsch (1808-1883)⁵³¹ und Friedrich Wilhelm Raiffeisen (1818-1888). Obwohl sie zwei unterschiedliche Visionen der Solidarität und der Gegenseitigkeit hatten, hatten sie zwei gemeinsame Grundsätze in ihrer Arbeit: Einerseits, einen ethischen Ansatz für die Wirtschaft, in dem sie eine Wissenschaft wahrnahmen, die in der Lage ist zu Maßnahmen zu inspirieren zur Verbesserung der menschlichen Bedingungen. Andererseits, ein nicht neutrales Finanzverständnis, zu dessen Zielen es gehört, bessere organisatorische und produktive Strukturen innerhalb der Gesellschaft zu erreichen. Diese Prämissen führten zur Einführung von zwei verschiedenen Modellen von Kreditinstituten: der Volksbanken von Schulze von Delitzsch (städtische Kreditvereinigungen mit Aktienkapital und der Vergabe von Direktkrediten an Mitglieder) und die Darlehenskassenvereine von Raiffeisen (ländliche Kreditvereinigungen, die unter der Gesamthaftung aller Mitglieder gegründet wurden und normalerweise Kredite nur an diese vergaben; ausnahmsweise auch an bedürftige Personen, die nicht Mitglieder des Vereins waren, solange sie Vertrauen verdienten). Diese Krediteinrichtungen wurden als Institutionen geschaffen, die dazu beitragen sollten, die Existenzbedingungen jener sozialen Gruppen wesentlich zu verbessern, die sowohl in städtischen als auch in ländlichen Gebieten aufgrund des Industrialisierungsprozesses von Armut und Ausgrenzung gefährdet waren:

„Die neuzeitlichen Genossenschaften sind im Zuge der frühen Industrialisierung Anfang/Mitte des 19. Jahrhunderts entstanden, um die Abhängigkeit von Arbeiterhaushalten oder landwirtschaftlichen und gewerblichen Kleinbetrieben von den oftmals monopolistischen Angebotsstrukturen des lokalen Marktes für Konsumgüter, Investitionsgüter, Kredite etc. zu verringern. Zeitgeschichtlicher Hintergrund war die immer drängender werdende „soziale Frage“. Diese war eng mit dem Begriff des Pauperismus verbunden, mit dem die Zeitgenossen die materielle Verelendung breiter Bevölkerungsschichten in der Frühphase der Industrialisierung zu erfassen suchten. Die gravierenden Ausmaße, die der Pauperismus in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts angenommen hatte, führte dazu, dass von staatlicher und privater Seite (einschließlich kirchlicher Organisationen) zunehmend Aktivitäten ent-

⁵³⁰ „Während im genossenschaftlichen Bereich Gewerkschaft und Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit bereits auf eine jahrhundertealte, teils legislatorische, teils statutarische Entwicklung zurückblicken können, erfolgte die Gestaltung der modernen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft als einer Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl zur Förderung des Kredits, des Erwerbs und der Wirtschaft ihrer Gesellschafter mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs erst im Verlaufe des 19. Jahrhunderts.“ H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3035.

⁵³¹ Hermann Schulze-Delitzsch ist als einer der „Gründerväter“ des deutschen Genossenschaftswesens in die Geschichte eingegangen. Doch sein Wirken beschränkte sich nicht allein auf den genossenschaftlichen Bereich. Als führender Liberaler gehörte er zu den Gründern des Deutschen Nationalvereins (1859) und der deutschen Fortschrittspartei (1861). Wegen seiner Verdienste hat ihm die Universität Heidelberg 1878 den Titel eines Ehrendoktors verliehen.

faltet wurden, um der grassierenden Armut in der Bevölkerung Herr zu werden. Genossenschaftliche Vereinigungen gehörten zu den wirkmächtigsten Antworten auf die soziale Frage. Genossenschaften im engen Wortsinne sind eng mit dem Gedankengut des politischen Liberalismus verbunden. Sie wurden ausdrücklich als Selbsthilfeorganisationen konzipiert und setzten auf das gegenüber der Obrigkeit eingeforderte Autonomieprinzip. Sie galten als klar abgegrenzte Alternative zur staatlichen Sozialpolitik, die lange Zeit als „sozialistisch“ eingestuft und deshalb weitgehend abgelehnt wurde (ca. 1840-1880)“⁵³².

In dieser Hinsicht verfolgten die Kreditgenossenschaften auch das Ziel, eine dauerhafte Struktur zu schaffen, durch die die Mitglieder in die Lage versetzt werden könnten, weiterhin gemäß den Grundsätzen der Selbsthilfe und der Mitgliederförderung, sich selbst zu helfen. Zu diesem Zweck beruhten die Kreditgenossenschaften auf den Grundsätzen von der Selbstverwaltung und der Selbstverantwortung, auf deren Grundlage die Mitglieder die internen Bedingungen organisierten und für die Existenz und allgemein für das Bestehen der Genossenschaft selbst verantwortlich waren. Diese Genossenschaften unterschieden sich von den anderen Arten von Krediteinrichtungen, da sie keine gewinnbringenden Zwecke hatten und nur mit bestimmten Kategorien von Subjekten in einem bestimmten territorialen Gebiet zusammenarbeiteten.

In Bezug auf Italien geht die Entstehung der Genossenschaft auf das Jahr 1854 zurück, als in Turin die allgemeine Vereinigung der Arbeiter der Stadt die erste Konsumgenossenschaft gründete. Im Jahr 1856 gründeten einige Glasarbeiter aus Altare (Savona) die erste Produktions – und Arbeitsgenossenschaft, während die erste Volksbank 1864 in Lodi gegründet wurde. Etwa zwanzig Jahre später, wurde 1883 die erste Darlehenskassenvereine in Loreggia (in der Nähe von Padua) durch Leone Wollemborg gegründet (Vgl. Par. 4.1.1.). Im folgenden Jahr gründete Nullo Baldini in Ravenna die erste landwirtschaftliche Genossenschaft. In der Mitte des 19. Jahrhunderts hatte die genossenschaftliche Entstehungsgeschichte zu unternehmerischen Erfahrungen und Vereinigungen verschiedener Art geführt, die sich über den gesamten Kontinent ausbreiteten. Sie waren vereint in ihren wirtschaftlichen Zielen, die mit Gegenseitigkeits – oder Sozialzielen wurden. Vielfältig waren die Inspirationsideen der italienischen Genossenschaft. In chronologischer Reihenfolge steht die liberale Mazzinische Inspiration an erster Stelle. Der Sozialismus hatte seit seinem Aufstieg eine privilegierte Beziehung, wenn auch manchmal etwas konfliktreich, in Zusammenarbeit mit der Hegemonie am Ende des 19. Jahrhunderts, aufgebaut. Die 1886 gegründete „Federazione fra le cooperative italiane“ hatte ihren Namen 1893 in „Lega nazionale delle società cooperative“ geändert. Ende des 19. Jahrhunderts gab es eine katholisch inspirierte Genossenschaft, nachdem 1891 die Enzyklika Rerum Novarum von Papst Leo XIII. veröffentlicht wurde, die die Katholizität für Interventionen in die neuen ökonomisch-sozialen Realitäten öffnete. Ihr erstes Anwendungsgebiet war das Kreditgeschäft, mit dem großen Erfolg der ländlichen katho-

⁵³² Deutscher Bundestag, Zur Geschichte und aktuellen Situation von Genossenschaften, 12. Februar 2018, Ausarbeitung WD 1 – 3000 – 001/18.

lisch inspirierten Kassen, aber auch für Molkereien und Winzergenossenschaften, kollektive Pachtverträge und den Konsum. In den ersten fünfzehn Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts blühte das Genossenschaftswesen mit der italienischen Wirtschaft auf und spielte auch im zwanzigsten Jahrhundert eine wichtige Rolle⁵³³.

Die italienischen Genossenschaften wurden von den deutschen Erfahrungen enorm beeinflusst. Der deutsche Einfluss auf Italien im Bereich der Genossenschaften zeigte sich auf zwei Ebenen, die auf der einen Seite miteinander verbunden waren, sich aber auf der anderen Seite unterschieden. Die Unterschiede bezogen sich auf die besonderen Gegebenheiten der örtlichen Situation. Zunächst gab es einen konkreten Einfluss: Die Volksbanken, die am Beispiel von Schulze-Delitzsch⁵³⁴ gegründet wurden, und die Darlehenskassenvereine, die nach dem „Raiffeisen-Modell“ (zu letztere siehe Par. 4.1.1.) entstanden sind, sind ein klares Beispiel dafür. Zweitens gab es auf normativer Ebene einen Einfluss (Par. 4.1.2).

aa. Friedrich Wilhelm Raiffeisen und sein Einfluss auf Italien

Friedrich Wilhelm Raiffeisen wurde im Jahr 1818 geboren und lebte in Deutschland. Während seiner Kindheit und Jugend erhielt er eine starke religiöse Erziehung seitens protestantischer Pastoren. Da sein Vater schwer krank wurde, kümmerte sich seine Mutter um die Ernährung und die Erziehung ihrer Kinder, verbunden mit einem starken Glauben an Gott. Der Einfluss der Mutter war entscheidend für die Frömmigkeit von Raiffeisen. Nach einem kurzen Wehrdienst gab sich Raiffeisen der Verwaltung mit Leib und Seele hin. Er war Bürgermeister von mehreren Städten. Er war sehr aktiv im Bereich der Sozialreformen. Raiffeisen widmete sich den genossenschaftlichen Ideen, inspiriert von der Beobachtung der leidenden Bürger. Er gründete verschiedene Formen von Genossenschaften in verschiedenen Bereichen (Darlehnskassen-Vereine, Konsum-, Verkaufs-, Winzer-, Molkerei – und Viehversicherungsgenossenschaften), wodurch die Är-

⁵³³ Vgl. R. Zangheri, G. Galasso, V. Castronovo, *Storia del movimento cooperativo in Italia*, La Lega Nazionale delle Cooperative e Mutue, Turin, 1987.

⁵³⁴ „L'origine e la storia delle banche popolari appaiono Legate ai nomi di Francesco Viganò e Luigi Luzzatti i quali, per porre un argine al dilagare dell'usura, si proposero di trapiantare da noi banche simili a quelle tedesche modificandole, però, in almeno tre punti fondamentali, così da adattarle al carattere ed alle condizioni della popolazione italiana, e cioè: 1) sostituendo alla responsabilità illimitata la responsabilità di ciascun socio Limitata al solo valore delle azioni da lui sottoscritte; 2) sostituendo nella formazione del capitale sociale ad azioni di grosso taglio azioni di piccolo taglio (da lire 5 a 50); 3) assegnando, infine, al capitale La funzione di semplice fondo di garanzia. La prima banca di questo tipo sorse a Lodi nel 1865, seguita nello stesso anno da quelle di Milano, Cremona e Bologna. In origine esse furono banche modestissime: piccolo il capitale, pochi i depositi, Limitati i prestiti. Le Loro principali operazioni erano, tra quelle attive: 1) i prestiti cambiari; 2) i prestiti sull'onore; 3) i mutui chirografari, tutti però per piccole somme, per breve tempo (3, 4 o 6 mesi) e dietro garanzia esclusivamente personale; tra Le operazioni passive: i depositi, dapprima in conto corrente, più tardi a risparmio ed il sconto del portafoglio cambiario presso altri istituti per lo più quelle che all'epoca erano banche di emissione. Nei primi anni della loro esistenza tali banche si attennero rigorosamente alla norma dei prestiti ai soli soci applicando così rigidamente il principio della mutualità e sempre ebbero cura di destinare una parte notevole degli utili a riserva, ricorrendo, in pratica, al sconto solo quando i depositi non bastavano a soddisfare le domande di prestito dei soci“. *Europäisches Parlament, Dossiers di ricerca e documentazione*, in *Storia economica*, Nr. 6, 10 – 1985.

meren gestützt wurden. Ein wesentlicher Schritt zur Verbreitung seines Konzepts war das 1866 von ihm veröffentlichte Buch „Die Darlehnskassen-Vereine als Mittel zur Abhilfe der Noth der ländlichen Bevölkerung sowie auch der städtischen Handwerker und Arbeiter“. Darin schilderte er seine Erfahrungen beim Aufbau von Selbsthilfeorganisationen (wichtig war ihm, dass innerhalb der Vereine jeder die Verantwortung vom anderen übernahm) und gab Hinweise für die praktische Umsetzung⁵³⁵.

⁵³⁵ Friedrich Wilhelm Heinrich Raiffeisen wurde am 30. März 1818 am Nordrand des Westerwaldes im damals preußischen Hamm an der Sieg geboren. Er war das drittjüngste von insgesamt neun Kindern des aus Schwaben stammenden Landwirts Gottfried Friedrich Raiffeisen und seiner Frau Amalia Christiane Susanna Maria, geb. Lantzendörffer. Raiffeisens Kindheit war von finanziellen Nöten geprägt. Werte wie Fleiß und Sparsamkeit, aber auch die von der Mutter vermittelte Gottesfurcht, wurden schnell Teil seiner Persönlichkeit. Nach dem Besuch der örtlichen Volksschule wurde er für weitere drei Jahre vom örtlichen Pfarrer Georg Wilhelm Heinrich Seippel in neueren Sprachen, Geschichte und Mathematik unterrichtet. Gleichzeitig sorgte Seippel dabei beim jungen Raiffeisen sicherlich für eine noch stärkere Verankerung des göttlichen Glaubens und der Nächstenliebe. 1835 meldete sich Raiffeisen als 17-Jähriger freiwillig zum Militär. Nach dreijährigem Dienst bei der 7. Artillerie-Brigade in Köln kommandierte man ihn nunmehr als Unteroffizier zur Inspektionsschule nach Koblenz ab. Dort absolvierte er im Frühjahr 1840 die Prüfung zum Oberfeuerwerker. Danach wurde er an die staatliche Eisengießerei in Sayn bei Koblenz versetzt, wo er für die Abnahme der dort produzierten Eisenmunition verantwortlich war. Hier wurde er offenbar erstmals mit einer Augenerkrankung konfrontiert. Bis 1843 war das Leiden – das später fast zu seiner völligen Erblindung führen sollte – derart fortgeschritten, dass er den Militärdienst quittieren musste. Stattdessen eröffnete sich für Raiffeisen bei der Regierung in Koblenz die Möglichkeit zu einer Weiterbildung als Verwaltungsbeamter. Infolge seiner dabei gezeigten guten Leistungen wurde er bereits im Herbst 1843 zum kommissarischen Kreissekretär für Mayen/Eifel ernannt. Im Februar 1845 wurde Raiffeisen dann im Alter von 27 Jahren zum Bürgermeister in Weyerbusch/Westerwald berufen. Auch hier bewährte er sich – unter anderem setzte er sich für den Bau von Schulen und einer für die Region wichtigen Straße („Raiffeisenstraße“) ein – und empfahl sich so bei seinen Vorgesetzten auch für die Übernahme größerer Bürgermeistereien. Im Frühjahr 1849 wurde er daher erst als Bürgermeister in den mehr als 30 Orte umfassenden Amtsbezirk Flammersfeld versetzt, bevor er dann im Herbst 1852 als Bürgermeister von Heddesdorf eingesetzt wurde. Erste Erfahrungen mit gemeinschaftlichen Zusammenschlüssen sammelte Raiffeisen bereits in Weyerbusch. Nach der schweren Missernte von 1846 bildete er dort zusammen mit wohlhabenden Bürgern im Notwinter 1846/47 eine Armenkommission („Weyerbuscher Brotverein“). Anfänglich diente sie der Verteilung von Lebensmitteln aus staatlichen Magazinen. Doch bald weitete sie ihr Tätigkeitsfeld auf andere Aufgaben aus. So organisierten die Mitglieder unter anderem den gemeinschaftlichen Bezug von Saatgut sowie die Errichtung eines Gemeindebackofens. Die positiven Ergebnisse ermunterten Raiffeisen, bei seinen Versetzungen nach Flammersfeld und Heddesdorf dort rasch ebenfalls entsprechende Vereine zu gründen. Wie in Weyerbusch, so setzte er aber auch beim Ende 1849 gegründeten „Flammersfelder Hilfsverein zur Unterstützung unbemittelter Landwirte“ bzw. dem 1854 ins Leben gerufenen „Heddesdorfer Wohltätigkeitsverein“ auf mildtätige Zuwendungen wohlhabender Einwohner. Privat musste Raiffeisen in dieser Zeit einige Schicksalsschläge verkraften. Seine erste Frau – die aus Remagen stammende Apothekertochter Emilie Storck, welche er am 23. September 1845 geheiratet hatte – verschied 1863 (nach einigen Quellen auch 1864) an den Folgen eines Herzschlags. Von ihren insgesamt sieben gemeinsamen Kindern starben drei noch im Kindesalter. Auch Raiffeisen ging es gesundheitlich immer wieder sehr schlecht. Während einer Typhusepidemie in seinem Amtsbezirk hatte er sich bei seinen Krankenbesuchen mit einem Nervenfieber infiziert. Seither litt er unter wiederkehrenden nervösen Störungen, die wahrscheinlich auch sein Augenleiden verschlimmerten und mehrfach zu einer zeitweisen Arbeitsunfähigkeit führten. Infolge dessen wurde Raiffeisen im Herbst 1865 im Alter von 47 Jahren pensioniert. Wegen seiner wenigen Dienstjahre fiel seine Pension mit 444 Talern im Jahr eher bescheiden aus. Zur Aufbesserung seiner finanziellen Verhältnisse gründete Raiffeisen daher erst eine – wenig erfolgreiche – Zigarrenfabrik und betätigte sich dann mit etwas mehr Erfolg im Weinhandel. Daneben fand Raiffeisen nun auch wieder vermehrt Zeit, sich seinen genossenschaftlichen Ideen zu widmen. Ein wesentlicher Schritt zur weiteren Verbreitung seines Konzepts war das 1866 von ihm veröffentlichte Buch „Die Darlehnskassen-Vereine als Mittel zur Abhilfe der Noth der ländlichen Bevölkerung sowie auch der städtischen Handwerker und Arbeiter“. Darin schil-

Die Gedanken und das Werk von Raiffeisen wurden zweifellos durch seine starke Religiosität geprägt. Die von Raiffeisen gegründeten Genossenschaften entstanden aus dem karitativen Grund, den Nächsten zu helfen, ohne jedes Gewinnstreben⁵³⁶. Die Raiffeisen-Methode beruht auf dem Verständnis und der Lösung von Problemen durch den Solidaritätsgeist der Gesellschafter, um einen hohen Zweck zu verfolgen, der in der freien und

derte er seine Erfahrungen beim Aufbau von Selbsthilfeorganisationen und gab Hinweise für die praktische Umsetzung. Der Ratgeber fand rege Verbreitung. Noch zu seinen Lebzeiten erschien er in insgesamt fünf jeweils erweiterten Auflagen, wobei Raiffeisen neben den Darlehnskassen-Vereinen auch auf andere Genossenschaftsarten wie Konsum-, Verkaufs-, Winzer-, Molkerei- und Viehversicherungsgenossenschaften einging. Zu weiteren wichtigen genossenschaftlichen Ideen Raiffeisens zählte die Gründung von Zentralkassen, die insbesondere den überregionalen Geldausgleich zwischen den einzelnen Darlehnskassen übernehmen sollten, sowie der Zusammenschluss zahlreicher Einzelgenossenschaften durch die Bildung von übergeordneten Verbänden. Als Spitzenverband seiner ländlichen Genossenschaften gründete Raiffeisen dabei am 26. Juni 1877 unter Beteiligung von 24 Darlehnskassen-Vereinen in Neuwied den „Anwaltschaftsverband ländlicher Genossenschaften“. Auch nach seiner Pensionierung als Bürgermeister machte Raiffeisen immer wieder sein kränklicher Gesundheitszustand zu schaffen. Nicht nur das nervöse Nervenleiden trat immer wieder auf. Auch sein Augenleiden verschlimmerte sich zunehmend und führte zu seiner fast völligen Erblindung. Bei der täglichen Arbeit für die Verbreitung seiner Genossenschaftsidee war er daher bald sehr stark auf die Hilfe seiner ältesten Tochter Amalie (1846-1897) angewiesen. Scherzhaft von ihm auch als „Geheimsekretärin“ betitelt, musste sie ihm Briefe und andere Schriftstücke vorlesen und seine Korrespondenz führen. Später forderte er sogar von ihr, wegen der Bedeutung ihrer Arbeit für sein Genossenschaftswerk auf eine geplante Ehe zu verzichten – ein Wunsch, dem Amalie am Ende auch nachkam. Raiffeisen selbst hatte sich zwar 1868 mit der Witwe Maria Panzerot (geborene Fuchs) ein zweites Mal verheiratet. Doch die angeblich recht spirituell eingestellte Frau – mit der er auch keine weiteren Kinder hatte – war ihm bei seiner Arbeit offenbar keine Hilfe. 1886 war Raiffeisens Gesundheitszustand schließlich derart angegriffen, dass er mit Wirkung vom 1. Mai 1886 von allen seinen Ämtern zurücktrat – wenn auch nur für kurze Zeit. Denn sein Nachfolger, Dr. Franz Behr, wurde schon im August des gleichen Jahres von einem Nervenleiden ergriffen, weshalb Raiffeisen wieder seine früheren Ämter übernahm. Nur wenige Monate später, im November 1886, zog er sich eine Lungenentzündung zu, die ihn früheren Quellen zufolge „an den Rand des Grabes brachte“. Zwar konnte er sich davon noch mal erholen, doch viel Zeit war ihm nun nicht mehr vergönnt. Ein gutes Jahr später verstarb Friedrich Wilhelm Raiffeisen am Mittag des 11. März 1888 in Heddesdorf bei Neuwied.

⁵³⁶ „Friedrich Wilhelm Raiffeisen: chi era e che cosa era? Alcuni lo definiscono un rivoluzionario sociale e un grande pioniere, altri lo chiamano difensore dell'umanità e lungimirante organizzatore di forze economiche. Per tutte le doti, che hanno collocato Raiffeisen nel numero dei grandi, egli è stato per noi in primo luogo un uomo che agiva per cristiano convincimento. I mali della sua epoca colpivano nell'intimo del suo animo, la comprensione per le miserie umane generò la sua idea, l'individuo singolo derelitto stava al centro della sua azione soccorritrice. La prima iniziativa di Raiffeisen, la costituzione durante la carestia dell'inverno 1846/47 di un panificio nel piccolo comune del Westerwald Weyerbusch, era ancora interamente ispirata all'idea di carità. Tuttavia fu un simbolo per tutte le successive realizzazioni, anche se esse ebbero soltanto più tardi carattere economico. Non la richiesta passiva di soccorso, ma l'aiuto all'umanità attivando tutte le forze in essa assopite. Ma, diversamente da Marx che aspirava al di sopra della lotta di classe ad una società senza classi considerata come salvezza per i poveri e gli oppressi, cercò e trovò la via per il superamento della miseria in una unione vigorosa nello spirito dell'autoaiuto, dell'autogoverno, dell'autoresponsabilità e dell'amore per il prossimo basato su sentimenti cristiano ed etici. Non un'azione di radicalizzazione della società, ma un'azione di correzione all'interno di una società libera, costituisce il pensiero fondamentale di Raiffeisen, che lo condusse verso la soluzione cooperativa“. F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

vollständigen Verwirklichung der sozialen Gemeinschaft besteht^{537, 538}. Wesentlich für dieses Ziel ist die Erziehung der Bedürftigen, weil „la forma da sola non è sufficiente“⁵³⁹.

Beispielsweise bestand Raiffeisen bei den Darlehenskassen darauf, dass die Bevölkerung gelehrt wird zu sparen, indem er erklärte, dass durch Sparzinsen Kapitalvermögen angehäuft werden können. Ein anschauliches Beispiel für die Zweckdienlichkeit der Raiffeisen-Methode stellt die Geschichte der Winzergenossenschaften dar: Die Gewissenhaftigkeit, mit der Raiffeisen auf der Suche nach den Ursprüngen der wirtschaftlichen und sozialen Missstände der Winzer war, ist ebenso bemerkenswert wie das Wissen, mit dem es in der Lage war, das Handeln in der am besten geeigneten Weise anzuregen. Die Winzergenossenschaften erreichten ihre ersten Ziele auf dem von Raiffeisen vorgegebenen Weg: Sie versetzten den Winzer in die Lage Weine qualitativ und quantitativ besser als die zuvor produzierten anzubieten, wettbewerbsfähig zu werden und die Profitabilität der Gesellschaften zu steigern⁵⁴⁰.

⁵³⁷ „[...] Il suo lavoro non muove dall'intelletto ma dall'affetto. Egli non vuole scoprire agli uomini la strada verso un mondo privo di problemi, bensì li aiuta ad affrontarli. E lo fa ricercando le soluzioni con quella umiltà che sola riesce ad acuire la sensibilità necessaria per penetrare nell'intimo delle più difficili realtà. La sua è perciò una lezione di concretezza che può molto giovare a coloro che sono spinti alla ricerca sociale non da brama di potere ma da esuberanza di amore, unica sorgente feconda di risultati ed unica sublime utopia meritevole di essere vissuta“. F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

⁵³⁸ „Le cooperative si sono sempre dimostrate un mezzo per l'affrancamento dai disagi economici. Nell'evoluzione verso il benessere [...] esse dispiegano tutta la loro forza per adattarsi alle mutate esigenze e per affermarsi sulla concorrenza. Ma Raiffeisen con le cooperative non aveva presente soltanto uno scopo economico: la loro attività e il loro sviluppo in campo economico non rappresentano uno scopo fine a se stesso, ma si devono interpretare come un mezzo per raggiungere una finalità più elevata. Il superamento della miseria e la conquista dell'agiatezza con l'applicazione del metodo cooperativo deve essere una scuola per lo spirito di solidarietà. Si tratta di suscitare altre aspirazioni il cui scopo, visto in prospettiva, sia la libera e piena realizzazione della comunità sociale degli uomini“. F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975, S. 19-20.

⁵³⁹ „Grazie agli intensi progressi della scienza e della tecnica, delle invenzioni e delle scoperte e grazie all'enorme incremento dell'industria e del commercio. Da cui questi progressi sono accompagnati, la quantità e la molteplicità dei beni e dei piaceri culturali hanno raggiunto un livello inimmaginabile nei secoli precedenti. Anche le condizioni di vita di tutti i popoli occidentali hanno registrato un notevole miglioramento divenendo più soddisfacenti, più aperte e più libere. Perciò si dovrebbe credere che anche la gioia di vivere e il senso di appagamento sono più grandi e più diffusi che mai. Purtroppo non è così. Con i beni e il relativo grado di soddisfazione sono cresciute dappertutto anche le esigenze. [...] si conduce la lotta per l'esistenza con una violenza ed una inquietudine prima sconosciute. La produzione industriale lotta con affannosa fretta per affermarsi contro la concorrenza nel mercato mondiale. La classe imprenditoriale è furiosamente tesa ad accrescere i guadagni e gli averi, e quelli che hanno raggiunto il proprio scopo e sono riusciti ad accumulare ricchezze si abbandonano spesso alla dissipazione. [...] Le casse sociali di credito sono un mezzo per lo sviluppo di migliori condizioni sociali. Ma la troppo rapida diffusione delle casse sarebbe senz'altro un male. Ne deriverebbero più danni che vantaggi. È un errore credere che, introducendo tali casse, si possano creare di colpo condizioni ottimali. È lo spirito che agisce [...] in modo stimolante, producendo i giusti frutti; la forma da sola non è sufficiente“. F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975, S. 5 ff.

⁵⁴⁰ „Se la sentenza di Dio: «ti guadagnerai il pane col sudore della fronte» è valida sempre e dovunque, si dimostra però vera soprattutto per i lavoratori dei campi ed in particolar modo per i viticoltori. A prescindere dal fatto che esistono relativamente poche pianure e che il terreno buono è scarso, la viticoltura viene di solito praticata su un terreno ripido e di natura rocciosa, quindi molto difficile da lavorare. [...] Ogni anno il viticoltore deve sottoporsi a grandi fatiche. [...] Per dirla in breve i viticoltori sono persone

Die religiöse Motivation für das sozial-politisches Handeln von Raiffeisen machte ihn berühmt in der ganzen Welt:

„Il sistema Raiffeisen è oggi rappresentato in quasi tutti i paesi europei e in molto degli altri continenti, talvolta il nome è perfino inserito nella ragione sociale dell'organizzazione e delle singole cooperative di credito. Questa idea mondiale contribuisce ancora oggi ad incrementare la vita economica in numerosi paesi in via di sviluppo, poiché il patrimonio spirituale di Raiffeisen rappresenta uno dei più preziosi contributi a favore dell'umanità"⁵⁴¹; „La forte carica ideale impressa al movimento cooperativo dal Raiffeisen ha fatto sì che il suo nome restasse a designare l'intero movimento cooperativo agricolo tedesco e fosse assunto quale bandiera della cooperazione rurale in quasi tutti i paesi del mondo. Nel 1968, in un congresso mondiale a Francoforte, oltre 1300 delegati provenienti da 71 paesi di tutti i continenti hanno solennemente celebrato il 150° anniversario della sua nascita avvenuta nel paese di Hamm in Renania"⁵⁴².

che tribolano: devono lavorare tutto l'anno faticando con tutte le proprie forze. [...] Se i viticoltori avessero ogni anno un raccolto abbondante o anche soltanto medio purché sfruttato al massimo grado, verrebbero ampiamente ripagati di tutte le pesanti fatiche necessarie per gustare i frutti del loro lavoro e dopo non molto tempo passerebbero a condizioni di vita più sopportabili. Purtroppo non è così e soprattutto nelle zone vinicole tedesca [...] la situazione da questo punto di vista è abbastanza triste. [...] [Inoltre] i comuni dove vivono i contadini [...] sono il campo più fertile per le speculazioni usuraie. Eppure usurai e cattiva stagione non sono i soli nemici dei poveri vignaioli. C'è anche l'adulterazione del vino, fenomeno che ha preso un enorme sviluppo recentemente, in conseguenza delle numerose annate succedutesi nelle quali il prodotto era appena bevibile allo stato naturale. [...] Ma la situazione peggiore è quella dei piccoli e medi viticoltori. Spesso la loro coscienza è contraria ad abbandonare la tradizionale, onesta e naturale lavorazione del vino e non possiedono i mezzi né le cognizioni necessarie per porsi sulla via di un legittimo miglioramento. A parte gli inconvenienti già detti, la quantità di uva prodotta è spesso troppo piccola per consentire una selezione, secondo la qualità e il tipo, del vino che se ne ricava. Tutto il prodotto mescolato insieme, deve essere messo in una o in più botti. In tal modo non si potrà mai avere una bevanda selezionata, poiché le uve di qualità scadente, che sono generalmente ancora la parte maggiore, rovinano quelle migliori più di quanto queste ultime possano influire sulle prime. [...] Inoltre non sono pochi i viticoltori che, anche nelle annate di raccolto medio, dispongono di una quantità di uva troppo scarsa per poterla pigiare. Per questi motivi negli ultimi tempi si è diffusa l'usanza secondo la quale molti viticoltori, e nei piccoli comuni vinicoli perfino tutti, vendono tutto il loro raccolto, ossia le uve non ancora pigiate, a commercianti di vino o anche a grossisti e perfino a grandi viticoltori. In molte zone questo è ormai un uso corrente, tanto che i macchinari per pigiare l'uva sono in parte fatiscenti e sovente scomparsi del tutto. Il risultato finale è che i viticoltori poveri sono nelle mani di agenti usurai o di altri compratori e dipendono interamente da loro. Una volta eliminata la concorrenza attraverso accordi tra compratori, i prezzi vengono fissati ad un livello così basso che i produttori ne ricavano appena il necessario per sopravvivere, oppure non riescono neanche a tirarci avanti. Ciononostante, spinti dalla miseria, devono vendere lo stesso, ricavando appena il sufficiente per soddisfare i creditori, ma la spirale continua perché bisogna contrarre nuovi debiti. Inoltre si deve rilevare il conseguente depauperamento del terreno: non essendo concimato e coltivato come si converrebbe, produce sempre meno e qualità più scadenti. Questo circolo vizioso condurrà da un impoverimento crescente al declino totale se non si corre ai ripari. Ma come? La risposta è semplice: i viticoltori devono aiutarsi da soli [...] mediante l'unione cooperativa". F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

⁵⁴¹ F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

⁵⁴² F.W. Raiffeisen, *Le Casse Sociali di Credito*, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

Auch in Italien hat die Tätigkeit von Raiffeisen historisch eine wichtige Rolle gespielt. Die Raiffeisen-Methode wurde in Italien übernommen, wo zahlreiche ländliche und handwerkliche Darlehenskassen nach deutschem Vorbild gegründet wurden (d.h. die aktuellen Genossenschaftsbanken). Ein Beispiel dafür ist die Cassa Cooperativa von Loreggia, die 1883 durch Leone Wollenborg (1859-1932) nach dem Vorbild der deutschen Darlehenskassen gegründet wurde: Die Cassa Cooperativa von Loreggia, die in Form einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung gegründet wurde, gibt in ihrer Satzung mit wenigen Änderungen, die aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten, Sitten und Gesetze erforderlich sind, den Typ und die Prinzipien der wohltätigen ländlichen Kreditvereinigungen wieder, die zuerst durch Raiffeisen in Rheinprovinz verbreitet wurden. Die Erfahrung erwies sich als positiv:

„Gli effetti conseguiti nell'ordine morale ed economico dal novello istituto e quelli in via di conseguimento si epilogano nei fatti seguenti. La partecipazione attiva all'azienda speciale dei soci, i quali comprendono il vincolo della solidarietà illimitata non come qualche cosa di indeterminatamente spaventoso, ma come un benefico legame che a tutti severamente impone assidua cura pel buon andamento della istituzione e pel comune benessere. La sollecitudine dei soci accreditati a versare acconti e a saldare i loro debiti, anticipando le scadenze stabilite; onde moltissimi, i quali soffrivano per la deficienza di capitali d'esercizio o non avevano pei bisogni delle minute loro industrie altro aiuto che quello di una sordidissima usura, si mostrano in effetto degni del credito liberalmente fornito. La crescente diffusione del risparmio, dove, in ispecie nei piccoli quasi giornalieri depositi nelle scuole, si rivela la formazione di un abito nuovo e la sua educatrice virtù. Il risveglio del sentimento morale e della fiducia in se stessi degli abitanti, i quali sanno che ognuno, purché onesto e capace di un utile lavoro, può senz'altro aspirare all'ingresso nel sodalizio e al beneficio del credito”⁵⁴³.

bb. Italienische Vorschriften zu den Genossenschaften und der deutsche Einfluss auf diese

Die Verfasser des Codice di Commercio von 1882 verfolgten bei der Ausarbeitung der Vorschriften über Genossenschaften die Absicht, diese autochthon auszuarbeiten: „[...] noi [...] vogliamo desumere i concetti fondamentali delle nuove disposizioni dalla nostra esperienza e dal particolare assetto che la cooperazione ha assunto in Italia”⁵⁴⁴. Diese Absicht wurde nicht durch das Beispiel ausländischer Rechtsvorschriften, insbesondere der deutschen, behindert. Da Italien das deutsche Modell in die Praxis übernommen hatte (siehe vorheriger Paragraph), konnte folglich die deutsche Gesetzgebung nicht außer Betracht bleiben. Das italienische Gesetz über Genossenschaften wurde daher in vie-

⁵⁴³ S. Gatti (Hrsg.), *Banche con l'anima. Testimonianze sulle Banche di Credito Cooperativo da Wollemborg a Yunus 1883-2008*, Ecra, 2008, S. 6.

⁵⁴⁴ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883, S. 604.

len Punkten auf der Grundlage der deutschen Gesetzgebung unter Berücksichtigung der „svolgimento mirabile“ der deutschen Genossenschaften ausgearbeitet⁵⁴⁵. Zwischen den beiden Regelungen bestehen daher zahlreiche Ähnlichkeiten, obwohl es auch Unterschiede gibt. Diese bestehen vor allem in der Tatsache, dass in Italien die Gesetzgebung über Genossenschaften im Handelsgesetzbuch enthalten war – obwohl in den Vorarbeiten die Möglichkeit der Einfügung in Sondergesetzen diskutiert wurde⁵⁴⁶ – während die Genossenschaften im deutschen Gebiet durch Sondergesetze geregelt wurden.

Das italienische und deutsche Gesetz über Genossenschaften sind nachfolgend zusammengefasst. Daraus folgt die Beschreibung des Einflusses der deutschen Gesetzgebung auf die italienische.

Der Codice di Commercio von 1882 führt die Genossenschaften in das Handelsrecht ein. Den Genossenschaften sind die Artikel 219 bis 228 gewidmet. Artikel 219 sieht vor, dass Genossenschaften in einer der im Handelsgesetzbuch vorgesehenen Gesellschaftsformen (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Aktiengesellschaft) gegründet werden müssen⁵⁴⁷. Daher betrachtet der Gesetzgeber von 1882 die Genossenschaft nicht als eine neue Art von Gesellschaft und lässt sie frei, die Form des einen oder des anderen Gesellschaftstypen anzunehmen, schreibt jedoch vor, dass sie immer den Bestimmungen über die Aktiengesellschaft unterliegt in Bezug auf die Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrages und nachfolgende Änderungen der Verpflichtungen, die Haftung der Vorstandsmitglieder, zusätzlich die Haftung der Hauptversammlungen, die Abschlüsse, den Aufsichtsrat und die Liquidation der Ge-

⁵⁴⁵ „Le società cooperative che, a seconda del loro fine, si distinguono precipuamente in società di credito, di produzione e di consumo, hanno raggiunto in alcuni paesi uno svolgimento mirabile. Schulze-De-litzsch, nella sua ultima Relazione sul movimento cooperativo in Germania, ne noverò alla fine del 1872, non meno di 2221 per operazioni di credito, 440 rivolte direttamente o indirettamente alla produzione, 902 di consumo e 37 di costruzioni. Queste società contavano allora 1,200,000 soci, avevano oltre 38 milioni di talleri di capitali e di riserve, amministravano più che 100 milioni di talleri di depositi; il loro giro d'affari toccava 620 milioni di talleri. [...] Ciò sia detto per dimostrare a qual grado di rilevanza possa giungere, tra i popoli operosi e previdenti, questa forma moderna di associazione. In Italia essa è ancora nell'infanzia, benché le Banche popolari mostrino di essere bene accettate e diano buone speranze“. Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 601.

⁵⁴⁶ „Ma qui sorge la domanda: se la Commissione istituita da V. E. ritenga opportuno di aggiungere al Codice di commercio disposizioni relative alle società cooperative, oppure preferisca che siano disciplinate da leggi speciali. A me parrebbe più conveniente tenere questa seconda via per le seguenti ragioni: alcune di queste società, come, per esempio, quelle di mutuo soccorso, non si possono dire commerciali sebbene siano la base degli altri istituti di cooperazione. Il raccogliarli tutti in una sola legge, sebbene diversifichino per indole giuridica, sarebbe fuor di dubbio molto arduo. Inoltre è da osservarsi che se il fine che le società cooperative si propongono è chiaro, svariatisimi e non ancora ben definiti sono i mezzi per raggiungerlo. Di che nasce una certa difficoltà a determinare la vera formola giuridica, tanto più che ogni popoli in questi sodalizi cooperativi modifica alcune parti pur sostanziali secondo il suo carattere nazionale“. Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Minghetti), in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 600.

⁵⁴⁷ Artikel 219 des Codice di Commercio von 1882: „Le società cooperative sono soggette alle disposizioni che regolano quella specie di società di cui assumono i caratteri indicati nell'art. 76, salve le seguenti disposizioni speciali“.

sellschaft, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt und sofern dies mit den Vorschriften für die Genossenschaften vereinbar ist (Art. 221)⁵⁴⁸. Die Notwendigkeit spezifischer Regeln für Genossenschaften hängt von dem jeweiligen Zweck ab den sie verfolgen und unterscheidet sie im Wesentlichen von den anderen in Artikel 76 des Codice di Commercio genannten Gesellschaften:

„Fra le società commerciali che vivono di credito in una vasta sfera di operazioni, e le società cooperative che hanno scopi assai più modesti, se non meno utili, l'essenza economica delle cose interpone un abisso. La società cooperativa d'ordinario opera in un campo assai ristretto, nel quale l'onestà dei suoi componenti basta a dare le garentie necessarie all'andamento di quella specie di affari che forma il suo oggetto; ma essa abbisogna di maggiore libertà, perché i vincoli e le guarentigie destinate a tutelare i grandi interessi che sono involti nelle società per azioni, riuscirebbero a soffocarla“⁵⁴⁹.

Diese Gesellschaften haben einen besonderen Zweck, nämlich einen Vorteil für ihre Gesellschafter in den Bereichen Wohnen, Ernährung, Kredit und Industrie zu erreichen und ihr Vermögen zu erhöhen. Bei ihnen sind das Kapital und die Anzahl der Gesellschafter immer variabel⁵⁵⁰. Die Genossenschaften müssen durch öffentliche Urkunde gegründet werden, unter der die Bedingungen festgelegt werden müssen, unter denen die Gesellschafter aufgenommen⁵⁵¹, zurückgezogen und ausgeschlossen werden können, sowie die Bedingungen für die Einberufung der Hauptversammlung und für die Veröffentlichung der Urkunden der Gesellschaft (Art. 220)⁵⁵².

⁵⁴⁸ Artikel 221 des Codice di Commercio von 1882: „1. Le società cooperative sono sempre soggette alle disposizioni riguardanti le società anonime, quanto alla pubblicazione dei loro atti costitutivi e dei posteriori cambiamenti, e quanto alle obbligazioni ed alla responsabilità degli amministratori. Le pubblicazioni si fanno senza spese. 2. Gli amministratori devono essere eletti tra i soci e possono essere nell'atto costitutivo esonerati dall'obbligo di dare cauzione. 3. Sono pure applicabili alle società cooperative le disposizioni riguardanti le assemblee generali, il bilancio, i sindaci e la liquidazione delle società per azioni, in quanto non sia diversamente provveduto negli articoli seguenti o nell'atto costitutivo. 4. La qualità di cooperativa dev'essere chiaramente indicata, oltre la specie della società, in tutti gli atti annoverati nell'articolo 104“.

⁵⁴⁹ Relazione Mancini, in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 611.

⁵⁵⁰ „[...] socii e capitale che, l'abbiam detto più volte, possono variare continuamente“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 199.

⁵⁵¹ „Le condizioni per l'ammissione debbono essere indicate nell'atto costitutivo o nello statuto; se fossero lasciate in balia del consiglio di amministrazione o dell'assemblea, il Tribunale non dovrebbe approvarlo (n. 650). Secondo molti statuti i soci devono appartenere a certe classi sociali, risiedere dov'è la sede della società, esercitare un certo mestiere, avere una determinata fede politica o religiosa: queste restrizioni sono legittime poiché la cooperazione si alimenta coll'amore della classe, della cittadinanza, dell'arte e della fede. (App. Roma, 18 maggio 1905; Rivista di dir. Comm., 481: È lecito il patto statutario che richiede nei soci la condizione di far parte di una determinata associazione confessionale. Conf. App. Parma, 25 luglio 1902; Rivista di dir. comm., 1903, 49). Ma l'obbligo imposto al socio di conservare quella fede politica o religiosa colla sanzione di essere escluso dalla società, colla perdita della sua quota, sarebbe contrario alla libertà di coscienza e non potrebbe ritenersi legittimo“. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 517-518.

⁵⁵² Artikel 220 des Codice di Commercio von 1882: „1. Le società cooperative devono essere costituite per atto pubblico. 2. L'atto costitutivo, oltre le indicazioni richieste negli articoli 88 e 89, secondo la specie diversa della società, deve esprimere: 1° Le condizioni dell'ammissione di nuovi socii e il modo e il tempo

Die Vorstandsmitglieder müssen unter den Gesellschaftern ausgewählt werden. Die Genossenschaften müssen sich ausdrücklich unter dem Namen „Genossenschaft“ qualifizieren, um zu vermeiden, dass andere Gesellschaften von den Genossenschaften im Hinblick auf ihren philanthropischen Zweck gewährten Erleichterungen rechtswidrig Gebrauch machen. Diese Qualifikation richtet sich an alle, die mit der Genossenschaft zu tun haben (Art. 221). Artikel 222 enthält bestimmte Ausnahmen von den gemeinsamen Bestimmungen über Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften im Hinblick auf die Gründung der Gesellschaft, die Vorstandsmitglieder und die Aktien⁵⁵³⁻⁵⁵⁴. Artikel 223 betrifft die Pflicht des Vorstandes der Genossenschaften, ein Buch über die Gesellschafter zu führen, „affinché si possa quandochessia conoscere con certezza la condizione della società, così relativamente alla quantità e qualità dei socii, come relativamente all'ammontare del capitale sociale“⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶.

Für die Anzahl der Aktien, die von jedem Gesellschafter gehalten werden können, ist eine Obergrenze festgelegt⁵⁵⁷. Die Aktien sind immer Namensaktien und können nicht übertragen werden, wenn die Abtretung nicht von der Hauptversammlung oder

nel quale questi devono contribuire la loro quota sociale; 2° Le condizioni del recesso e dell'esclusione dei socii; 3° Le forme di convocazione delle assemblee generali e i pubblici fogli designati per la pubblicazione degli atti sociali”.

⁵⁵³ Artikel 222 des Codice di Commercio von 1882: „1. Le disposizioni della prima parte e del primo capoverso degli articoli 131 e 146 non si applicano alle società cooperative. 2. L'atto costitutivo di queste società può derogare alle disposizioni dell'articolo 144 ed a quelle del numero 3° dell'articolo 165”.

⁵⁵⁴ „La eccezione contenuta nel primo alinea si intenderà facilmente, quando si pensi che le società cooperative, sorgendo quasi sempre da umili origini, se fossero obbligate esse pure ad avere sottoscritto tutto il capitale sociale e ad avere versati tre decimi almeno del valore di ciascuna azione, ben difficilmente potrebbero riuscire a costituirsi. [...] Ed anche il motivo della eccezione contenuta nel secondo alinea si intenderà facilmente, quando si pensi che l'acquistare azioni sociali e l'ottenere anticipazioni dietro deposito di esse può per i socii delle cooperative essere talvolta l'unica via loro aperta per procurarsi danaro od ottenere credito; mentre le casse degli altri istituti di credito quasi mai si aprono a chi non abbia un certo nome in commercio e non fornisca reali garanzie. Attesa, poi, l'indole delle società cooperative e la facile continua mutabilità del loro capitale, non era possibile obbligarle a indicare sempre nelle azioni loro l'ammontare del capitale sociale e il numero e la somma totale delle azioni, come, per le altre società, è voluto dall'articolo 165, N. 3°. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 198.

⁵⁵⁵ „La legge non lo dice espressamente, ma s'intende che gli amministratori delle cooperative, oltre il libro dei socii, di cui è parola in quest'articolo, devono anche tenere i libri prescritti per ogni commerciante, perché commerciali appunto codeste società, non ostante la loro indole speciale”. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 199.

⁵⁵⁶ Artikel 223 des Codice di Commercio von 1882: „1. Gli amministratori delle società cooperative devono tenere il libro dei socii secondo le disposizioni dell'art. 140, e in esse devono inoltre indicare: 1° La data dell'ammissione, del recesso o dell'esclusione dei singoli socii; 2° Il conto delle somme da ciascuno di essi versate e ritirate. 2. Essi devono presentare alla fine di ogni trimestre alla cancelleria del tribunale di commercio, nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società, un elenco dei socii illimitatamente responsabili entrati, usciti e rimasti nella società durante il trimestre, indicando il loro nome, cognome e domicilio. 3. L'elenco dev'essere sottoscritto dagli amministratori e conservato dal cancelliere a libera ispezione di chiunque”.

⁵⁵⁷ „La disposizione del I.° alinea ha per iscopo di impedire che alcun socio assuma una troppo grande preponderanza sugli altri socii e sulla società, snaturando così il carattere familiare delle cooperative e facendo di esse altrettante società di speculazione”. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 200.

vom Vorstand genehmigt wird (Art. 224)⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹. Die Gesellschafter können sich bei der Hauptversammlung nicht vertreten lassen, es sei denn, es liegt ein berechtigtes Hindernis vor und jedem Gesellschafter steht, unabhängig von der Anzahl seiner Aktien, nur eine Stimme zusteht (Art. 225)⁵⁶⁰. Kein Vertreter kann in derselben Versammlung auch andere Gesellschafter vertreten, wenn er selbst Gesellschafter ist. Dies ist notwendig um missbräuchliches Verhalten zu vermeiden⁵⁶¹. Artikel 226 enthält Bestimmungen über die Aufnahme neuer Gesellschafter, den Rücktritt und den Ausschluss von Gesellschaftern⁵⁶². Artikel 227 sieht eine Verjährungsfrist für die Haftung des Gesellschafters hinsichtlich der zum Zeitpunkt der Abtretung oder des Ausschlusses bestehenden sozialen Verpflichtungen vor⁵⁶³. Schließlich befreit das Handelsgesetzbuch die Genossenschaften von den Eintragungs – und Stempelgebühren (Art. 228)⁵⁶⁴⁻⁵⁶⁵.

⁵⁵⁸ Artikel 224 des Codice di Commercio von 1882: „1. Nessuno può avere in una società cooperativa una quota sociale maggiore di lire cinquemila, né tante azioni che eccedano tale somma al valore nominale. Il valore nominale dell'azione non può eccedere la somma di lire cento. 2. Le azioni sono sempre nominative, e non possono essere cedute, finché non siano intieramente pagate, e se la cessione non sia autorizzata dall'assemblea o dal consiglio d'amministrazione secondo le disposizioni dell'atto costitutivo”.

⁵⁵⁹ „[...] imperocché se le azioni potessero essere al portatore, o, quand'anche nominative, liberamente cedute, ben presto la società troverebbesi composta, all'insaputa die socii, di persone affatto diverse da quelle che concorsero a crearla, e da società di persone che le cooperative devono principalmente essere si tramuterebbero in società di capitali“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 200.

⁵⁶⁰ Artikel 225 des Codice di Commercio von 1882: „1. I socii non possono farsi rappresentare nell'assemblea generale, se non nei casi d'impedimento legittimo preveduto nell'atto costitutivo o nello statuto. 2. Ogni socio ha un solo voto, qualunque sia il numero delle azioni che possiede. 3. Nessun mandatario può rappresentare nella stessa assemblea più di un socio, oltre le ragioni proprie, se è socio egli stesso”.

⁵⁶¹ „Certo, tutti questi divieti sanno un po' di diffidenza; ma la legge temendo che, per la scaltrezza degli uni e per la inesperienza degli altri, abbiano ad insinuarsi negli statuti dei patti contrarii e pericolosi, chiude la via all'abuso di propria autorità“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 201.

⁵⁶² Artikel 226 des Codice di Commercio von 1882: „1. L'ammissione di nuovi socii si effettua colla sottoscrizione da essi apposta nel libro dei socii, personalmente o mediante mandatario speciale. Le sottoscrizioni devono essere autenticate da due socii che non siano amministratori. 2. Se l'atto costitutivo autorizza i socii a recedere dalla società, la dichiarazione di recesso dev'essere annotata dal socio che recede nel libro dei socii o notificata alla società per atto di usciere. Essa non è operativa, che per la fine dell'anno sociale in corso, purché sia fatta prima che incominci l'ultimo trimestre dell'anno stesso. 3. Se è fatta più tardi, il socio è vincolato anche per l'anno seguente. 4. L'esclusione dei socii non può aver luogo, che per motivi stabiliti nella legge o nell'atto costitutivo. Essa deve essere deliberata nell'assemblea generale o dal consiglio di amministrazione, secondo le disposizioni dell'atto suddetto”.

⁵⁶³ Artikel 227 des Codice di Commercio von 1882: „Per gli affari conchiusi dalla società sino al giorno in cui il recesso o l'esclusione di un socio diviene efficace o in cui l'atto di cessione è registrato nel libro dei socii, il socio cessante rimane obbligato verso i terzi per due anni dal giorno stesso, entro i limiti della responsabilità stabilita nell'atto costitutivo”.

⁵⁶⁴ Artikel 228 des Codice di Commercio von 1882: „Gli atti costitutivi delle società cooperative, e gli atti di recesso e di ammissione dei socii sono esenti dalle tasse di registro e bollo”.

⁵⁶⁵ „Come si fanno senza spese le pubblicazioni degli atti sociali (art. 221, alin. 1.°), si fanno anche senza spese di registro e di bollo gli atti costitutivi e quelli di recesso e di ammissione, allo scopo di far meglio attecchire fra noi codesta nuova forma di società. Per identità di ragione si devono ritenere esenti da tali tasse anche gli atti di esclusione“. E. Vidari, Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 1884, S. 203.

Was den deutschen Gebiet betrifft, hatte sich hier die Genossenschaftsbewegung, deren Anfänge im Jahre 1848 lagen, bereits auf breiter Front durchgesetzt, als der Gesetzgeber die Entwicklung aufnahm und gesetzlich zu regeln versuchte. 1860 legte Schulze-Dehlitzsch einen Gesetzentwurf vor, der ein wesentlicher Anstoß für das Preußische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs – und Wirtschaftsgenossenschaften vom 27. März 1867⁵⁶⁶ war. Dieses Gesetz führte die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft erstmals ein, womit es die Genossenschaften von dem bisherigen Zwang befreite, sich als Verein konstituieren oder eine ihrer Struktur nicht gemäße handelsrechtliche Gesellschaftsform wählen zu müssen. Das Preußische Gesetz unterschied bereits je nach dem verfolgten Zweck zwischen Vorschuss – und Kredit-, Rohstoff – und Absatz-, Produktiv-, Konsum – sowie Baugenossenschaften (Par. 1⁵⁶⁷). Die Gründung erfolgte durch schriftliche Abfassung eines Gesellschaftsvertrages sowie die Annahme einer gemeinsamen Firma; rechtswirksam wurde sie mit Eintragung der Genossenschaft in das einen Teil des Handelsregister bildende Genossenschaftsregister (Par. 2-4⁵⁶⁸), wodurch die

⁵⁶⁶ Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1867 (Nr. 34), S. 501-515, in Beuthien/Hüsken/Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Band I, Gesetze und Verordnungen (1867-1969), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, S. 1 ff.

⁵⁶⁷ § 1 Gesetz vom 27. März 1867: „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes [...] (Genossenschaften), namentlich: 1) Vorschuss – und Kreditvereine, 2) Rohstoff – und Magazinvereine, 3) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkauf der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften), 4) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Großen und Ablass in kleinere Partien an ihre Mitglieder (Konsumvereine), 5) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder, erwerben die im gegenwärtigen Gesetze bezeichneten Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft“, unter den nachstehend angegebenen Bedingungen“.

⁵⁶⁸ § 2 Gesetz vom 27. März 1867: „Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es: 1) der schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrages (Statut), 2) der Annahme einer gemeinschaftlichen Firma. Die Firma der Genossenschaft muß vom Gegenstande der Unternehmung entlehnt sein und die [...] Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ enthalten. Der Name von Mitgliedern (Genossenschaftern) oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden. Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden Firmen eingetragener Genossenschaften deutlich unterscheiden. Zum Beitritt der einzelnen Genossenschafter genügt die schriftliche Erklärung“.

⁵ 3 Gesetz vom 27. März 1867: „Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten: 1) die Firma und den Sitz der Genossenschaft; 2) den Gegenstand des Unternehmens; 3) die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll; 4) die Bedingungen der Ein – und Austritts der Genossenschafter; 5) den Betrag der Geschäftsanteile der einzelnen Genossenschafter und die Art der Bildung dieser Anteile; 6) die Grundsätzen nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen ist, und die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt; 7) die Art der Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes; 8) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Genossenschafter geschieht; 9) die Bedingungen des Stimmrechts der Genossenschafter und die Form, in welcher dasselbe ausgrübt wird; 10) die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter, sondern nur durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann; 11) die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind; 12) die Bestimmung, daß alle Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften“.

⁵ 4 Gesetz vom 27. März 1867: „Der Gesellschaftsvertrag muß bei dem Handelgerichte (Art. 73. Des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861.), in dessen Be-

eingetragene Genossenschaft die Rechte einer juristischen Person erlangte (Par. 10, Abs. 1⁵⁶⁹). Für Gesellschaftsschulden hafteten die Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch (Par. 11⁵⁷⁰). Die Organe der Genossenschaft, Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, waren dem Aktienrecht entnommen und den entsprechenden Erfordernissen angepasst worden (Par. 16-32). Das Preußische Genossenschaftsgesetz bildete die Vorlage für das ein Jahr später erlassene entsprechende Gesetz des Norddeutschen Bundes von 4. Juli 1868⁵⁷¹, welches nach weiteren drei Jahren zum Reichsgesetz erhoben wurde. Gegenüber der preußischen Regelung enthielt es vor allem eine Bestimmung der Zuschusspflicht, welche nach Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens geleistet werden musste (Par. 9, Abs. 3⁵⁷²). Während das preußische Genossenschaftsgesetz nur die unbeschränkte und solidarische Haftpflicht kannte, erkannte das Gesetz des Norddeutschen Bundes auch die unbeschränkte Nachschusspflicht der Genossen, so dass drei Haftungsarten zur Wahl gestellt wurden: (i) Genossenschaften mit unmittelbarer unbeschränkter Haftpflicht, (ii) Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht, d.h. mit mittelbarer unbeschränkter Haftpflicht, und (iii) Genossenschaften mit beschränkter Haf-

zirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, in das Genossenschaftsregister, welches einen Theil des Handelsregisters bildet, eingetragen und in Auszuge veröffentlicht werden. Der Auszug muss enthalten: 1) das Datum des Gesellschaftsvertrages; 2) die Firma und den Sitz der Genossenschaft; 3) den Gegenstand des Unternehmens; 4) die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll; 5) die Namen und den Wohnort der zeitigen Vorstandsmitglieder; 6) die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentliche Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind. Zugleich ist bekannt zu machen, daß das Bezeichniß der Genossenschaft jeder Zeit bei dem Handelsgerichte eingesehen werden könne. Ist in dem Gesellschaftsvertrag eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen [...] giebt und für die Genossenschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen“.

⁵⁶⁹ § 10, Abs. 1 Gesetz vom 27. März 1867: „Die eingetragene Genossenschaft kann unter ihrer Firma Recht erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“.

⁵⁷⁰ § 11 Gesetz vom 27. März 1867: „Für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft, insofern zur Deckung derselben im Falle der Liquidation oder des Konkurses das Vermögen der Genossenschaft nicht ausreicht, haften alle Genossenschafter solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen. Wer in eine bestehende Genossenschaft eintritt, haftet gleich den anderen Genossenschaftern für alle, von der Genossenschaft vor seinem Entritte eingegangenen Verbindlichkeiten. Ein entgegenstehender Betrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung“.

⁵⁷¹ Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Vom 04.07.1868. Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1868 (Nr. 24), S. 415-433, in Beuthien/Hüsken/Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Band I, Gesetze und Verordnungen (1867-1969), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, S. 17 ff.

⁵⁷² § 9, Abs. 3 Gesetz vom 4. Juli 1868: „Genossenschafter, welche auf ihre Geschäftsantheile die ihnen statutenmäßig obliegenden Einzahlungen geleistet haben, könne von anderen Genossenschaftern nicht aus dem Grunde, weil letztere auf ihre Antheile mehr eingezahlt haben, im Wege des Rüdgriffs in Anspruch genommen werden, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt“.

tung. Angesichts der schnellen Entwicklung des Genossenschaftswesens⁵⁷³ erwies sich indes auch dieses Gesetz sehr bald als revisionsbedürftig⁵⁷⁴.

Aus der Lektüre der Vorarbeiten des Codice di Commercio von 1882 und der Kommentare ergeben sich einige Berührungspunkte zwischen der italienischen und der deutschen Gesetzgebung zu Genossenschaften. Die wichtigsten Berührungspunkte sind im Folgenden aufgeführt.

Zunächst ist auf die Frage der Haftung der Genossenschaftsgesellschafter hinzuweisen. Im Zuge der Vorarbeiten weichen die Verfasser des Codice di Commercio von 1882 zunächst vom deutschen Recht, das die uneingeschränkte Haftung der Genossenschaftsgesellschafter vorsah, ab. Tatsächlich wurde dieser Grundsatz vom italienischen Gesetzgeber abgelehnt, da die italienischen Genossenschaften die Form einer der durch das Handelsgesetzbuch vorgesehenen Gesellschaftstypen konnten, was zu einer unterschiedlichen Haftungsregelung in Abhängigkeit von der angewandten Form führte: „Poco sussidio si può attingere alle legge germaniche, fondate sul principio della responsabilità illimitata dei soci, principio che è stato respinto dalle associazioni cooperative italiane“⁵⁷⁵. Anschließend hat auch der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit für die Genossenschaften vorgesehen, jegliches Haftungsmaß zu übernehmen:

*„Considerando le diverse funzioni delle cooperative, il diverso terreno ove germogliano, il legislatore volle favorirle concedendo ai soci la facoltà di assumere qualsiasi misura di responsabilità. È lo stesso sistema che vige fuori d'Italia, e che prevalse dopo lunga resistenza anche in Germania“*⁵⁷⁶.

In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht sieht das italienische Recht vor, dass die Genossenschaft die Qualifikation „Genossenschaft“ ausdrücklich angeben muss (Artikel 221 des Codice di Commercio von 1882):

*„Convieni poi accogliere alcune guarentigie per tutelare gli interessi dei terzi. Si dovrebbe prescrivere cioè che, in tutti gli atti emanati dalle società di cui si tratta, il nome sociale sia preceduto dalle parole società cooperativa (Vedi [...] legge tedesca, § 2)“*⁵⁷⁷.

⁵⁷³ „Der prozentuale Anteil der Kreditgenossenschaften stieg, gestärkt durch die seit 1889 eröffnete Möglichkeit der Errichtung von Zentralgenossenschaften, in diesem Zeitraum nämlich überproportional an. Insgesamt wuchs der Bestand an eingetragenen Genossenschaften im Deutschen Reich von 6777 im Jahre 1889 bis 1914 um mehr als das Fünffache auf 35026 an, wobei 1914 beinahe die Hälfte auf Kreditgenossenschaften und etwa ein Fünftel auf landwirtschaftliche Genossenschaften entfielen.“ H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3037.

⁵⁷⁴ H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III, S. 3036.

⁵⁷⁵ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali) in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 604.

⁵⁷⁶ C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 504.

⁵⁷⁷ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali) in S. Castagnola, Nuovo Codice di

Auch in Bezug auf die Rücktrittsregelung (Art. 226 des Codice di Commercio von 1882) wurde die deutsche Gesetzgebung als Beispiel herangezogen:

„Poiché sarebbe vietata la cessione delle azioni, e niuno può essere costretto a rimanere ascritto, suo malgrado, ad una società, è fuor di dubbio necessaria un'altra disposizione che permetta ad ogni socio di uscire dalla società quando il voglia, osservate le condizioni intese a guarentire l'interesse dei terzi. Disposizioni analoghe si riscontrano [...] nella legge tedesca⁵⁷⁸“.

Nach dem Vorbild des deutschen Rechts hat das italienische Recht in die Regelung der Genossenschaften die Regel nicht eingeführt, nach der die Mitglieder der Genossenschaften mit Nichtmitglieder nicht handeln können:

„A somiglianza delle Banche popolari tedesche, quelle italiane si erano da principio inibito di far prestiti ad estranei e di scontar cambiali, che non portassero almeno una firma di socio. Ma, come la legge germanica del 19 maggio 1871 abrogò tale inibizione fatta dalla legge prussiana del 4 luglio 1868, così le nostre Banche popolari trovandosi soventi, per la scarsa attitudine dei piccoli industriali e commercianti a far uso del credito, ad avere fondi eccedenti le domande dei soci, furono in generale costrette a rinunciare a codesta limitazione, rimanendo però vincolate a preferire le domande degli azionisti⁵⁷⁹“.

Das deutsche Recht hat die Abwesenheit eines solchen Verbots mit dem Gesetz vom 19.05.1871 klar zum Ausdruck gebracht:

„Die im §. 1. Des Gesetzes vom 4. Juli 1868. [...] bezeichneten Gesellschaften verlieren den Charakter von Genossenschaften im Sinne des gedachten Gesetzes dadurch nicht, daß ihnen die Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht zu ihren Mitgliedern gehören, in Statute gestattet wird⁵⁸⁰⁻⁵⁸¹“.

commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 605.

⁵⁷⁸ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali) in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 605.

⁵⁷⁹ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio (Finali) in S. Castagnola, Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi, Band I, Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale, Turin, 1883, S. 602.

⁵⁸⁰ Gesetz, betreffend die Deklaration des § 1 des Gesetzes vom 04.07.1868. Vom 19.05.1871. RGBl. 1871 (Nr. 21), S. 101, in Beuthien/Hüsken/Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Band I, Gesetze und Verordnungen (1867-1969), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, S. 36 ff.

⁵⁸¹ Das spätere Gesetz vom 01.05.1889 sah hingegen das Verbot der Genossenschaften, mit Nichtmitgliedern zu handeln, vor. Bei diesem Verbot handelt es sich – laut der italienischen Lehre – um eine absurde Vorschrift, die „può ridursi a nulla, ove si pensi che la legge considera a questo scopo come soci anche gli aderenti senza porre alcuna condizione di versamenti anticipati alla loro adesione; ed è pure di poca efficacia il divieto imposto alle società di consumo di vendere ai terzi, perché, secondo l'opinione concorde degli interpreti di quella legge, esso non si estende a quelle società che alla vendita aggiungono qualche lavoro di trasformazione, che, per esempio, usano di un forno, di un macello, che fabbricano le conserve, distillano i liquori, fanno il vino col mosto o colle uve pigiate e via dicendo; il divieto vi colpisce solamen-

Die italienische Lehre, die sich nach dem Codice di Commercio von 1882 entwickelte, bestätigte die Ablehnung des Verbots der Genossenschaften, mit Dritten zusammenzuarbeiten, um die wirksame Tätigkeit dieser Gesellschaften nicht zu behindern:

„Vi fu chi tentò di desumere dal loro ordinamento giuridico qualche ragione per vietare alle cooperative il libero esercizio della propria industria coi terzi, costringendole nei confini di una rigorosa mutualità. [...] Ma questo tentativo è stato condannato dalla pratica e dalla giurisprudenza. La pratica ha generalmente sorpassato le barriere che quel divieto opponeva al libero sviluppo della cooperazione, avendo sperimentato come la cooperativa che si limita a lavorare nella stretta sfera dei soci si condanna ad una grama esistenza e fallisce alla missione essenziale in cui stette e sta la sua ragione di essere, quella di eliminare colla propria concorrenza gli eccessivi guadagni degli intermediari, commercianti ed imprenditori. [...] Lo sviluppo che prende l'azienda sociale col concorso dei terzi giova anche ai soci, perché coll'aumentare il numero delle sue operazioni essa può dividere le spese amministrative sovra un maggior numero d'affari e scemare il rischio dell'impresa coll'equilibrio delle speculazioni favorevoli e avverse. [...] Le stesse cooperative che si erano rassegnate a quella vita rinchiusa per godersi qualche agevolezza fiscale, vi hanno rinunciato, perché non possono sviluppare la propria azienda senza il consenso di estranei. [...] Se la legge italiana infliggesse alle cooperative l'interdetto di operare coi terzi, le condannerebbe a una vita rachitica [...]”⁵⁸².

te le società che compiono l'ufficio caratteristico e proprio del commerciante di comperare all'ingrosso per vendere al minuto”. C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 537-538.

⁵⁸² C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912, S. 535 ff.

KAPITEL IV – ÜBERLEGUNGEN ZU DEN GRÜNDEN DES DEUTSCHEN EINFLUSSES AUF DIE ITALIENISCHE HANDELSRECHTSKODIFIKATION

1. Einleitung

Vor dem Hintergrund der Themen und Denkanstöße, die sich aus den obigen Kapiteln ergeben, möchte dieses Kapitel einige Leseschlüssel ohne Anspruch auf Vollständigkeit anbieten, um die Gründe zu untersuchen, aus denen die italienischen Juristen die deutsche Gesetzgebung bei der Ausarbeitung des Codice di Commercio von 1882 berücksichtigt haben. Wie man in den vorhergehenden Kapiteln gesehen hat, haben die Italiener bei der Verfassung des Codice di Commercio von 1882 einige Modelle aus der damaligen europäischen Wirtschaftsgesetzgebung⁵⁸³ berücksichtigt. Insbesondere wurde dabei die deutsche Wirtschaftsgesetzgebung zum Vorbild genommen, welche einige der modernsten und zeitgemähesten Gesetze hervorbrachte.

Italien wurde von historischen (Par. 2) und wirtschaftlichen Gründen (Par. 3) dazu veranlasst, die deutschen Rechtsvorschriften bei der Verfassung der eigenen Gesetzgebung zu berücksichtigen. Außerdem spielte die italienische Rechtswissenschaft eine wichtige Rolle für den Drang nach Deutschland (Par. 4). Diese drei Gründe sind notwendigerweise miteinander verbunden und ergänzen sich gegenseitig: tatsächlich ist das Recht ein Produkt der Geschichte, der Wirtschaft und der Rechtskultur eines Landes (diese werden wiederum vom Recht beeinflusst).

2. Historische Gründe

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich kurz mit dem historischen Kontext Italiens im 19. Jahrhundert, um die zu damaligen Zeit bestehenden Beziehungen zwischen Italien und der deutschen Gesetzgebung zu beleuchten. Die Geschichte der italienischen Handelsgesetzgebung ist chronologisch mit der Geschichte der deutschen Handelsgesetzgebung verflochten. Man bedenke dabei z.B., dass die Vereinigung Italiens zur gleichen Zeit erfolgte, als das ADHGB verfasst wurde:

„On 17 March 1861 Italy became a political Nation. On 16 March 1861, merely one day before, the conference of Nuremberg, that met for the first time on 15 January 1857, presented the final draft of the new General German Commercial Code, which was simultaneously going to be the first tangible success for those dreaming of a greatly unified Germany, and an element of legal and economic dissimilarity among the different areas of the budding Italy”⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Unter anderem waren diese europäischen Modelle: Das Insolvenzgesetz von 1838 und das Gesellschaftsgesetz vom 24. Juli 1867 aus Frankreich, das Insolvenzgesetz vom 18. April 1851, das Gesellschaftsgesetz vom 18. Mai 1873 und das Versicherungsgesetz vom 11. Juni 1874 aus Belgien, das Gesellschaftsgesetz von 1862 aus England und der Entwurf des Handelsgesetzbuchs von 1864 aus der Schweiz.

⁵⁸⁴ F. Mazzarella, Kingdom of Italy (1861-1946), in M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als

Abgesehen von den zufällig zusammenfallenden Ereignissen, die auch nicht unterschätzt werden dürfen, ist das italienische Handelsrecht aber vor allem aus ganz bestimmten historischen Gründen mit dem ADHGB verbunden. Wie im ersten Kapitel angedeutet, befand sich ein Teil der italienischen Halbinsel zum Zeitpunkt der ersten handelsrechtlichen Kodifikationen noch unter österreichischer Herrschaft. In diesen Gebieten galt das ADHGB (mit Ausnahme der Vorschriften über den Seehandel) seit 1. Juli 1863⁵⁸⁵. Als 1866, nach dem Sieg der preußischen Monarchie gegen das Habsburgerreich, Venetien, wo das ADHGB galt, annektiert wurde, stellte sich das Problem der Wahl des in ganz Italien anzuwendenden Handelsrechts. Dies geschah in einer Zeit, in der man versuchte, die Mängel des Codice di Commercio von 1865 zu beheben. Obwohl das ADHGB ein weitaus fortgeschrittenes und moderneres System vorsah als der Codice di Commercio von 1865, der in der Vergangenheit hängen geblieben und für die wirtschaftliche Entwicklung der Zeit nicht geeignet war, konnte die italienische Regierung ein ausländisches Gesetz nicht lediglich annehmen. Deshalb entschied sich der italienische Gesetzgeber dazu, ein neues Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des ausländischen Rechts auszuarbeiten. Dabei wurden nur jene Normen des österreichischen Handelsgesetzbuchs übernommen, die dem Gesetzgeber fortgeschrittener als die eigenen erschienen und die mit der sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Situation Italiens besser vereinbar waren. Das ausländische Recht, auch wenn es von den meisten als Feindrecht angesehen wurde, bot die Gelegenheit, sich den Mängeln und Lücken des autochthonen Rechts zu stellen und die Handelsgesetzgebung angesichts der veränderten wirtschaftlichen Realität und der damit einhergehenden Entwicklung der Handelsrechtsinstitute (die jetzt mehr Geschwindigkeit und Formfreiheit forderten) neu zu überdenken⁵⁸⁶. Dies geschah in drei Phasen: „nationalization of the Austrian laws; partial Italianization of the law in force in the new territories; and construction of a new Italian Commercial Code, through a partial Germanization“⁵⁸⁷.

3. Wirtschaftliche Gründe

Der deutsche Einfluss auf Italien ist auch wirtschaftlich zu begründen. Um die Gründe für den deutschen Einfluss auf die Kodifizierung des italienischen Handelsrechts zu verstehen, ist es ratsam, „den Blick vom Gesetzbuch abzuwenden“ und die wirtschaftliche Realität im Bezugszeitraum zu betrachten. Da es an dieser Stelle nicht möglich ist, eine eingehende wirtschaftliche Analyse zu machen, wird in diesem Paragraph in einem kur-

gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

⁵⁸⁵ Vgl. M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

⁵⁸⁶ „It was after all not too difficult to integrate the innovations into the framework of the new Code, because both the German Code of 1861 and the Italian Code of 1865 reproduced as a whole the French conception of the commercial law“. F. Mazzarella, Kingdom of Italy (1861-1946), in M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

⁵⁸⁷ F. Mazzarella, Kingdom of Italy (1861-1946), in M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen, 2018.

zen Exkurs der italienische und deutsche wirtschaftliche Kontext Mitte des 19. Jahrhunderts beschrieben.

Das 19. Jahrhundert war das Jahrhundert der großen industriellen Revolutionen. Die wichtigsten europäischen Länder durchliefen in dieser Zeit eine starke industrielle Entwicklung, der Handel erlebte einen Aufschwung und wurde internationalisiert und eine neue Ordnung der internationalen Industriemächte entstand. Italien war im 19. Jahrhundert noch ein rückständiges Land. Beispielsweise war das Räuberwesen in Süditalien zu dieser Zeit noch sehr verbreitet, was ein Ausdruck für die soziale Not, das rückständige Landwirtschaftssystem⁵⁸⁸ und die prekären wirtschaftlichen Bedingungen des Landes war. In diesem sozialen und wirtschaftlichen Kontext entstanden trotz allem die Anfänge der, wenn auch zunächst schwachen, italienischen Industrie (man denke z.B. an das deutliche Wachstum des Verkehrssektors⁵⁸⁹). Dagegen erlebte Deutschland zu dieser Zeit einen außerordentlichen wirtschaftlichen Modernisierungsprozess, dank dessen es sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als wichtigste europäische (und in einigen Sektoren weltweite) Industriemacht etablierte⁵⁹⁰. Aktiengesellschaften und Groß-

⁵⁸⁸ Die landwirtschaftliche Untersuchung, die 1877 von einem von Stefano Jacini angeführten Parlamentsausschuss eingeleitet wurde, zeigt ein alarmierendes Bild: mit Ausnahme einiger moderner Gesellschaften in der Lombardei und Venetien war die italienische Landwirtschaft zu dieser Zeit noch von rückständigen Zuchtssystemen geprägt und war durch den Mangel an Kapital erheblich benachteiligt. Trotzdem wurde allgemein angenommen, dass Italien aufgrund seiner natürlichen Ressourcen ein sehr reiches Land sei und dass ein wenig Entwicklung öffentlicher Arbeiten und ein wenig Unterstützung seitens der Regierung ausreichen würden, um den versteckten ländlichen Reichtum hervorzuheben, ohne dass Änderungen im Produktionswesen notwendig seien: „In Italia piocono i maccheroni belli e cotti e le viti si annodano con la salsiccia, si cantava in una ballata tedesca. Tuttavia [...] è inutile farsi illusione, l'agricoltura semplice ha fatto il suo tempo in Italia. [...] urge che le classi dirigenti si penetrino e si preoccupino del pericolo che sovrasta, che illuminino quanto sanno e possono i coltivatori sulle nuove necessità del tornaconto privato, e che i pubblici poteri concorrano poderosamente, per quanto dipende da loro, a mutare indirizzo alla economia rurale ed a trasformarla in vera industria agricola". S. Jacini, *L'inchiesta agraria, Piacenza, Federazione italiana dei consorzi agrari, 1926, S. 199-216.*

⁵⁸⁹ „Si racconta che, prima del Risorgimento, in Italia occorressero normalmente due mesi per far percorrere alle merci i trecento chilometri che separavano Milano da Firenze. Nei decenni che seguirono questo splendido isolamento e questa formidabile inefficienza, la rivoluzione dei trasporti divenne solo uno dei molteplici aspetti del processo di industrializzazione che colpì rapidamente e drasticamente buona parte dell'Europa. A metà del diciannovesimo secolo [...] Cavour estendeva felicemente alla Savoia e al Piemonte la rete ferroviaria della Francia di Luigi Napoleone". M. Guidetti (Hrsg.), *Il passaggio del secolo e la Grande Guerra, Band I, Politica, economia, società, in Storia d'Italia e d'Europa, comunità e popoli, Jaca Book, 1983, S. 16.*

⁵⁹⁰ „Sebbene i risultati dell'industrializzazione tedesca si siano manifestati con tutta evidenza ai contemporanei soltanto nell'ultimo scorcio dell'Ottocento, non c'è dubbio tuttavia che sin dalla metà del secolo si fossero delineate in Germania alcune importanti trasformazioni economiche. [...] Anche se i governanti prussiani e degli altri stati tedeschi (provenienti in gran parte dalla classe dei proprietari terrieri e dalla burocrazia di servizio) non si prefiggevano alcun preciso programma di industrializzazione, alcune decisioni assunte nel corso di quegli anni (come le misure protettive adottate nei confronti dell'importazione di taluni prodotti stranieri), l'unione doganale fra le varie parti della Germania, l'aumento delle spese per lo sviluppo dei lavori pubblici e il miglioramento delle comunicazioni, posero di fatto le premesse per la crescita della produzione industriale. [...] Lo sviluppo delle infrastrutture rappresentò un incentivo alla concentrazione di attività specializzate, all'incremento della manodopera extra-agricola, alla domanda di nuovi beni e servizi. Tuttavia, soltanto l'espansione dei mezzi di trasporto su rotaia, che ebbe inizio negli anni quaranta, e proseguì dopo una breve interruzione per tutti gli anni cinquanta, svolse un ruolo trainante nel processo d'industrializzazione. [...] Grazie alle nuove opportunità d'affari create

banken⁵⁹¹ entstanden, um die neuen Unternehmen zu finanzieren, die in den Händen des Bürgertums, des neuen kapitalistischen Standes, waren. Das deutsche Wirtschaftswachstum wurde zudem durch das hohe Bildungsniveau, welches Fortschritte in Wissenschaft und Technik ermöglichte, gefördert⁵⁹².

All dies begründet, warum Italien, das starke Anreize für sein Wirtschaftswachstum benötigte, seinen Blick auf Deutschland richtete, um die eigene Handelsgesetzgebung zu verbessern. Deutschland war nämlich die größte wirtschaftliche Macht der damaligen Zeit. Außerdem erforderte die im 19. Jahrhundert stattfindende Internationalisierung des Handels eine Vereinheitlichung des Handelsrechts in den europäischen Ländern:

„[...] mentre è evidente che, per quanto riguarda i rapporti civili (la famiglia, le successioni, la proprietà) il diritto che li regola non può che essere il portato di determinate temperie culturali, religiose, politiche che si manifestano come dominanti in uno specifico ambito territoriale i cui confini si estendono soltanto sino a dove si estende la sovranità comunale (o statale poi), i traffici commerciali, che per definizione tendono a superare quei confini, richiedono il supporto di un diritto che sia il più possibile uniforme (di una sorta di diritto internazionale uniforme, per dirla con Goldschmidt). Infatti, un mercante di Firenze o di Genova poteva sviluppare al meglio il suo commercio soltanto avendo la certezza che – è soltanto un esempio tra i molti che si potrebbero portare – le lettere di cambio che gli venivano rilasciate prima di recarsi a una fiera in Francia sarebbero state soggette lì alla medesima disciplina che egli sapeva essere applicabile in patria⁵⁹³. Daraus folgte, dass

dall'estensione della rete ferroviaria e dalla manutenzione delle varie linee, l'industria tedesca cominciò ad acquisire nuove dimensioni strutturali". V. Castronovo, La rivoluzione industriale in Europa: Francia e Germania, in N. Tranfaglia-M. Firpo (Hrsg.), La storia, Band VI, L'età contemporanea, Band I, I quadri generali, Utet, Turin, 1988, S. 3-14.

⁵⁹¹ „[...] le istituzioni bancarie tedesche erano più adatte delle loro controparti britanniche a mobilitare capitale a servizio di intraprese industriali su larga scala, tipiche del tardo XIX secolo. [...] Le banche tedesche [...] erano cresciute insieme all'industria tedesca dalla metà del secolo, investendo sia i loro depositi che il loro stesso capitale. [...] Le grandi dimensioni delle banche tedesche e la loro propensione a formare consorzi minimizzava il rischio dei grossi investimenti. [...] Forse fu una fortuna che la tecnologia del tardo XIX secolo si mostrasse particolarmente adatta a operazioni su vasta scala del tipo preferito da banchieri e industriali tedeschi". M. Guidetti (Hrsg.), Il passaggio del secolo e la Grande Guerra, Band I, Politica, economia, società, in Storia d'Italia e d'Europa, comunità e popoli, Jaca Book, 1983, S. 116-117.

⁵⁹² „In Germania quasi tutti gli stati avevano imposto l'istruzione primaria obbligatoria fin dall'inizio del XIX secolo. [...] I legami tra scuola primaria e secondaria in Germania fornivano una via maestra per l'avanzamento di studenti dotati, considerando che l'accesso alle scuole secondarie era basato sui risultati. [...] il legame tra istruzione superiore e progresso nella scienza e nella tecnologia è diretto ed intrinseco. Qui, la superiorità tedesca era nota e imperante da tempo. In una affermazione molto amata dagli storici economici, l'osservatore inglese John Bowring scrisse nel 1840 che in Germania la competenza in campo chimico in tutte le sue branche è molto più avanzata che da noi. Nel tardo XIX secolo le istituzioni scolastiche terziarie producevano un vasto numero di tecnici con una solida preparazione sia nelle teorie scientifiche che nelle applicazioni pratiche. La ricerca universitaria era di alta qualità e godeva di un esteso appoggio governativo". M. Guidetti (Hrsg.), Il passaggio del secolo e la Grande Guerra, Band I, Politica, economia, società, in Storia d'Italia e d'Europa, comunità e popoli, Jaca Book, 1983, S. 119.

⁵⁹³ A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile. Diritto commerciale, Wolters Kluwer, Cedam, 2018, Einleitung, S. XLII.

man sich bei der Verfassung des Handelsrechts an ausländischem Recht orientierte. Vor allem am deutschen Recht, das als das beste Beispiel angesehen wurde: „Il commercio [...] ha carattere essenzialmente cosmopolita e si svolge con forme quasi identiche in tutti i paesi giunti a un certo grado di civiltà; né è ormai più lecito ad alcun paese por mano alla riforma delle proprie leggi commerciali senza profittare largamente dei progressi più recentemente elaborati presso le nazioni straniere. Tra gli altri, il libro II e III del Codice generale germanico e la legge 24 maggio 1870 della Germania del Nord possono dirsi aver fatto tesoro di pressoché tutti i miglioramenti accolti dalle altre legislazioni”⁵⁹⁴.

Internationaler Handel bedeutet im Übrigen auch internationale Investitionen (die Regelung ausländischer Gesellschaften im Codice di Commercio von 1882, Art. 230-232, ist ein Ausdruck davon):

„I modelli caratteristici dello sviluppo economico del XIX secolo, le crisi ricorrenti, le lunghe oscillazioni in ascesa e in calo, il trend generale ascendente, venivano trasmessi attraverso una porzione sempre maggiore della superficie terrestre e da un sistema sempre più complesso e sofisticato di commercio e investimento internazionale”⁵⁹⁵.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass das in Italien investierte deutsche Kapital eine besonders wichtige Rolle für die italienische industrielle Entwicklung gespielt hat⁵⁹⁶.

4. Der Blick der italienischen Rechtswissenschaft auf das deutsche Recht im 19. Jahrhundert

In diesem Paragraph wird beschrieben und analysiert, wie und aus welchen Gründen sich die italienische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert dem deutschen Recht zugewandt hat. Die folgenden Überlegungen beabsichtigen nicht eine umfassende Geschichte der italienischen Rechtsliteratur dieser Zeit darzustellen, sondern beabsichtigen, einen allgemeinen Einblick zu geben, der keinen Platz für eine analytische Analyse lässt.

Zunächst eine Vorbemerkung: Der Dialog zwischen Rechtstheorie und Rechtspraxis ist notwendig, wie Vittorio Scialoja bemerkt:

⁵⁹⁴ Memoria del Ministro di agricoltura, industria e commercio, sulla legislazione delle società commerciali, Stefano Castagnola, in Marghieri, Vorarbeiten, Band II/I, Allegato G.

⁵⁹⁵ M. Guidetti (Hrsg.), Il passaggio del secolo e la Grande Guerra, Band I, Politica, economia, società, in Storia d'Italia e d'Europa, comunità e popoli, Jaca Book, 1983, S. 101.

⁵⁹⁶ P. Hertner, Il capitalismo tedesco in Italia dall'Unità alla prima guerra mondiale. Banche miste e sviluppo economico italiano, Bologna, Il Mulino, 1984; G. Di Gregorio, Capitale tedesco e industria italiana, in Italia contemporanea, Heft 158, 1985; Zu einer nachfolgenden Periode vgl.: Non solo business! Storie di imprese tedesche in Italia tra memoria e futuro, AHK Italien (die Deutsch-Italienische Handelskammer), in Zusammenarbeit mit CentroLumina, 2016. Auch die letzten Jahre haben die positive Entwicklung der deutsch-italienischen Verhältnisse bestätigt. Dies spiegelt sich in einer von der AHK Italien kürzlich durchgeführten Umfragen bezüglich der deutsch-italienischen Wirtschaftsverhältnisse.

„È assolutamente necessario che teoria e pratica non si guardino da lontano con un senso di rispetto reverenziale l'una verso l'altra, quel rispetto reverenziale che proviene da poca conoscenza e da poca familiarità. È assolutamente necessario che teoria e pratica ricostituiscano la loro unità, non solo obiettivamente, ma anche nell'animo di ciascuno di noi“.

Daher kann die Rechtspraxis nicht auf das theoretische Studium verzichten, wenn man vermeiden will, dass der Jurist „il tipo di colui che conosce a mente gli articoli del codice e non sospinge più oltre il suo sguardo“⁵⁹⁷ wird. Insbesondere ist es für einen Juristen äußerst wichtig, die Geschichte und den Gedanken hinter den einzelnen Rechtsvorschriften zu kennen, um die Inhalte und Kozepte der Normen im Lichte des Rechtsgedankens der Zeit richtig auszulegen:

*„La storia del pensiero giuridico è sempre studiata in stretta relazione allo sviluppo generale della società, alle sue istituzioni politiche, alle strutture sociali, alla vita intellettuale e specialmente alle grandi correnti filosofiche che ne hanno ispirato le svolte fondamentali“*⁵⁹⁸.

Der Rechtshistoriker kann sich dieser Verpflichtung nicht entziehen und sie anderen Rechtsgebieten übertragen. Dies gilt umso mehr in der vergleichenden Forschung, weil

„il diritto comparato deve penetrare nell'intima essenza delle cose e là dove nota le diversità deve ricercarne le cause, perché senza conoscerne le cause non si può valutare l'importanza di un istituto; e deve ricercarne gli effetti, perché senza conoscerne gli effetti è assurdo giudicare se sia bene o male per noi applicare un dato istituto“. Daher ist der Rechtsvergleich eine Art, die Theorie und die Praxis zusammenzuführen: „io credo che il farla [la comparazione] in questo senso sia un ritorno all'avvicinamento della teoria alla pratica, che deve essere il nostro scopo supremo“.

Laut Scialoja wird der Rechtsvergleich leider sehr oft oberflächlich gemacht, weil die Gründe des Verhältnisses zwischen der Rechtstheorie verschiedener Länder, über das praktische Recht hinaus, nicht berücksichtigt werden⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Andererseits muss der Rechtstheoretiker immer auch das praktische Recht berücksichtigen: „Il diritto teorico non può ottenere nelle nostre materie questa chiarezza, se non in quanto esso si proponga la tesi della pratica applicazione. Dica egli a se stesso: tutto ciò che sto per formulare, quali conseguenze produrrà nel mondo dei rapporti pratici? Ne produrrà qualcuna? E se ne produce, quali saranno queste conseguenze? [...] Ma per questo è necessario che si faccia più stretta la conoscenza intellettuale tra i teorici e i pratici e, d'altra parte, conviene che i pratici non venerino la teoria come un dio velato, che sia peccato scoprire anche in parte; ma che sappiano che la teoria deve esser la loro guida quotidiana“. V. Scialoja, Diritto pratico e diritto teorico, in Riv. dir. comm., Band I, 1911, S. 63 ff.

⁵⁹⁸ L. Mengoni, Kommentar zum Werk von Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania, italienische Übersetzung von U. Santarelli und S. A. Fusco, Mailand, Giuffrè, 1980, S. XXII-560, XXII-429, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (1981).

⁵⁹⁹ „Si dice che bisogna fare lo studio comparato del diritto ed io pure ho detto poc'anzi che bisogna farlo con piena intelligenza, non solo per mostrare che vi sono delle curiosità giuridiche o casi che ci appaiono strani perché a noi insoliti; non solo per mostrare che in altri casi vi è coincidenza fra il diritto nostro e quello altrui; ma per imparare, per trarre dalla comparazione tutto il vantaggio possibile. [...] Anche qui bisogna andare adagio. Si usa poco, si usa male, si abusa di questo metodo assai più difficile di quel che

Im 19. Jahrhundert wurde Italien in Theorie und Praxis stark vom Ausland beeinflusst. Die italienische Rechtswissenschaft wurde zum Katalysator der ausländischen Impulse und passte sie an den eigenen nationalen Kontext an. Die italienische Rechtswissenschaft übernahm das deutsche Recht, ohne es bloß zu kopieren. Das deutsche Recht wäre als fremdes Element kaum nützlich, wenn nicht sogar gefährlich gewesen, wenn es sich einfach im italienischen Kontext eingefügt worden wäre. In dieser Form aber war es ein Anlass für das Umdenken und für die Weiterentwicklung des lokalen Rechts, was hervorragende Ergebnisse hervorgebracht hat.

Mit der Vereinigung Italiens fand eine wissenschaftliche Renaissance statt:

„La nascita del Regno unitario d'Italia, avvenuta [...] nel 1861, [...] provocò, se non proprio una nascita, almeno una sostanziale rinascita scientifica. [...] La provincia italiana segnala non un gregge di esegeti onanisticamente dediti a esercizi scolastici su testi legislativi, ma una consapevole scienza in continua ricerca: che fa i conti con la realtà storica in trasformazione, che vi si adegua, che elabora insomma un insieme ammirevole di strumenti interpretativi e ordinativi di quella”⁶⁰⁰.

Während die italienischen Juristen Ende des 18. Jahrhunderts und im frühen 19. Jahrhundert aus politischen (und sprachlichen) Gründen der französischen Rechtskultur – und damit der Exegese⁶⁰¹ – gegenüber aufgeschlossener waren, begann die italienische Rechtswissenschaft nach der Vereinigung Italiens immer mehr in die Länder jenseits der Alpen zu blicken⁶⁰²:

„La società italiana degli anni Ottanta è caratterizzata da profondi mutamenti, noti a tutti. Si tratta di una nazione che ha avviato il processo di industrializzazione e che vede nascere il fenomeno dell'emigrazione e della formazione di un nucleo sempre più consistente di lavoratori operai. È il momento di un cambio di passo politico che ha importanti ricadute anche sul piano culturale e che conduce a una vicinanza sempre più stretta con il mon-

può apparire a prima vista. Quasi tutti gli studiosi di questa materia la trattano superficialmente; credono che si faccia del diritto comparato esponendo in una pagina il diritto cinese, in un'altra quello indiano, poi quello germanico, quello inglese e così via. Tutto questo serve, perché è una raccolta di notizie, se è fatto bene (e per solito è fatto male); ma non è diritto comparato. [...] E noi pecciamo, e peccano molto tutti in questo, Perché una cosa è in Francia o in Inghilterra la vogliamo anche noi; e spesso si erra. Noi dobbiamo vedere quell'istituto quali effetti produce e vedere se questi effetti si potranno ottenere in Italia. La comparazione così intesa è qualche volta così praticata. In generale però gli studiosi non l'intendono in questo senso, ed io credo che il farla in questo senso sia un ritorno all'avvicinamento della teoria alla pratica, che deve essere il nostro scopo supremo”. V. Scialoja, Diritto pratico e diritto teorico, in Riv. dir. comm., Band I, 1911, S. 63 ff.

⁶⁰⁰ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, Vorwort.

⁶⁰¹ „La scelta italiana per la codificazione trasmette il complesso, antinomico messaggio giusnaturalistico alla nostra scienza giuridica. La quale è indiscutibilmente statalista, legalista e – di conseguenza –, almeno in un primo momento, esegetica, trapiantando in Italia una metodologia e – prima ancora – una condizione psicologica già pienamente manifestatesi in Francia dopo la Codificazione napoleonica”. P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 7.

⁶⁰² M. Ascheri, Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo, Giappichelli, Turin, 2008, S. 296.

*do austro-germanico. [...] Per i giuristi, o almeno per una parte di essi, guardare a Berlino o a Vienna non è atteggiamento nuovo: gli è, comunque, che il fenomeno assume proporzioni davvero notevoli*⁶⁰³.

Enorm war vor allem der Einfluss der historischen Rechtsschule, die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts richtungsweisend für die deutsche Rechtswissenschaft wurde und das juristische Denken wesentlich veränderte. Der Kerngedanke der historischen Rechtsschule war, dass das positive Recht eine innere Vernunft und Ordnung hat, was seine wissenschaftliche Bearbeitung ermöglicht:

*„Recht ist immer positives Recht. Aber das positive Recht entsteht nicht, wie nach der Lehre des späten 17. und des 18. Jahrhunderts, durch den Willen des Gesetzgebers, sondern nach der berühmten Formulierung Friedrich Carl von Savigny erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz ..., überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers. Ursprung des Rechts ist also, auch bei anderen Theoretikern der historischen Schule, das Bewußtsein des Volkes, der Volksgeist. Erst aus einer späteren Entwicklungsstufe treten Gesetzgebung und Rechtswissenschaft hinzu. Daraus ergibt sich weiterhin, daß das Recht nicht willkürlich und zufällig ist, sondern einen mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff umfaßt, eine an sich nothwendige sittliche Ordnung enthält. Für die juristische Methodenlehre hat das die wichtige Folge, daß ihr das Recht nicht als ein ungeordnetes Aggregat von Vorschriften gegenüber steht, sondern daß sie in ihm eine innere Konsequenz, eine organisch bildende Kraft voraussetzen darf. Es gibt ein System des Rechts, ein Inaneinanderschließen zu einer Totalwirkung, oder wie Puchta sich ausdrückt: Das Recht ist ein Vernünftiges, und dieß ist die Seite, von welcher es ein System ist, einen Organismus von Gattungen und Arten bildet“*⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵.

⁶⁰³ S. Solimano, Tendenze della civilistica postunitaria, in Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto, Treccani, 2012 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)).

⁶⁰⁴ J. Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), Beck, München, 2012, S. 194-195.

⁶⁰⁵ „Nach wie vor sieht man das Wesen der Gesetzesinterpretation darin, daß der Sinn oder „Gedanke“ des Gesetzes ermittelt wird. Aber anders als im 18. Jahrhundert setzt man diesen Sinn oder Gedanken jetzt nicht mehr ohne weiteres mit dem Willen des Gesetzgebers einschließlich der, als Motiv verstandenen, „ratio legis“ [...] gleich. Die exegetische Richtung, beginnend mit dem jungen Savigny, möchte den Willen überhaupt nur insoweit berücksichtigen, als er in den Worten, allenfalls noch im Kontext, Ausdruck gefunden hat. Interpretation ist dann bloße „Rekonstruktion des Gedankens ...“, der im Gesetz ausgesprochen wird“ und unterscheidet sich nicht von einer historisch-philologischen Exegese. Motiv, Zweck und Rechtsgrund des Gesetzgebers sind irrelevant, jedenfalls soweit sie den Wortsinn und Kontext überschreiten. [...] Der Wille des Gesetzgebers bleibt ein wichtiges Element der Auslegung, für die exegetische Richtung insofern, als er im möglichen Wortsinn (und im Kontext) zum Ausdruck kommt, für die gegenwartsbezogene Richtung auch darüber hinaus. Soweit man jedoch im Rahmen der Interpretation die „ratio legis“ (als „ratio iuris“) neben dem Willen des Gesetzgebers beachtet, findet sich auch ein objektivierendes Moment“. J. Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), Beck, München, 2012, S. 226-228.

Dieser Rechtsbegriff spiegelt die politische und geistige Situation des frühen 19. Jahrhunderts wider. Er widersetzt sich der seit Hobbes durchgedrungenen und die Französische Revolution beherrschenden Vorstellung, dass der Staat das Recht willkürlich und beliebig produzieren kann und ist so ein Element der Restauration zwischen 1810 und 1848.

Später wurde die italienische Rechtswissenschaft von den deutschen systematischen Theorien von Savigny und von der Pandektistik beeinflusst:

„Im 19. Jahrhundert setzt sich zum ersten Mal in der Neuzeit der Gedanke einer wissenschaftlichen (positiven) Rechtsfindung durch. Er beruht auf der Vorstellung, daß das positive Recht einen sinnvollen Zusammenhang aufweist, ein lückenloses inneres System bildet, aus dem über die geschriebenen und gewohnheitsrechtlichen Sätze hinaus neues Recht abgeleitet werden kann. Gegenüber dem inneren System wird die Frage der Darstellung, des äußeren Systems, nun fast bedeutungslos. Das Verfahren, in dem neue Rechtssätze und –prinzipien gefunden werden, ist die (unvollständige) Induktion oder „Abstraktion“. [...] Mit der Induktion hängt die Analogie eng zusammen. Sie wird nicht mehr als Gesetzesauslegung, sondern als Schlußfolgerung aus einem wissenschaftlich gewonnenen Rechtsprinzip betrachtet [...]. Auch die Begriffe werden, anders als im Naturrecht, aus dem positiven Recht gebildet. Besondere Bedeutung hat dabei die „Konstruktion“, die begriffsentwickelnde Einführung einer Rechtsfigur in das Rechtssystem, aus der sich dann weitere Rechtssätze ergeben können. Andere, nicht überall anerkannte, Methoden zur Gewinnung von wissenschaftlichem Recht im mittleren 19. Jahrhundert sind die Rechtsfindung aus der Rechtstitel [...] aus der faktischen Natur der Sache“⁶⁰⁶.

Mit einem solchen formalen und abstrakten Rechtssystem, das keinen Spielraum für die Berücksichtigung sozialer Fakten lässt, waren die italienischen Juristen unzufrieden⁶⁰⁷. Daher wandte sich die italienische Rechtswissenschaft wieder an die inzwischen fortgeschrittene deutsche Rechtswissenschaft, die dazu neigte, das Leben der Norm in Zeit und Raum neben dem Moment der Ausarbeitung der Norm hervorzuheben:

„Esplode l'insoddisfazione per l'inveterato ragionar per modelli e su modelli, mentre si tende a un recupero del soggetto in carne ed ossa con il suo

⁶⁰⁶ J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, Beck, München, 2012, S. 275-276.

⁶⁰⁷ „È stagione fervida e fertile: il civilista italiano, lasciati alle spalle i servaggi esegetici, imiterà i tedeschi sui sentieri della costruzione giuridica, e da essi riceverà senza discutere l'eredità di un sapere ordinante formalissimo, astratto, ben rinserrato nella sua armatura tecnica di fattura romana e romanistica, sordo alla bassa corte dei fatti sociali e alle loro istanze grossolane. Domina una visione rigorosamente autopoietica, che richiede al civilista una formazione squisitamente endogiuridica; alla sua formazione culturale basterà l'attingimento a quel grande fiume che corre ininterrotto da Gaio a Savigny e da cui egli potrà ricavare quanto gli necessita per le sue costruzioni. Aperture al di là delle mura non solo non sono previste, ma non sono nemmeno consigliate: ne potrebbe derivare la attenuazione del rigore formale, che è l'abito essenziale del civilista“. P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Giuffrè, 2002, S. 20-21.

carico di storicità, povero o ricco, ignorante o sapiente, sano o malato. Si incrina la muraglia cinese del sistema normativo e si invita il civilista a guardare attentamente nel mondo dei fatti senza più contentarsi di un sapere formale, e accanto al momento di produzione della norma si valorizza la vita della norma nel tempo e nello spazio, quel momento interpretativo/applicativo che la dogmatica costituzionale borghese aveva minimizzato e che, invece, voci autorevoli provenienti dalla terra tedesca rivalutavano proprio in quegli anni Ottanta⁶⁰⁸; „Nel nostro campo giuridico il movimento modernista aveva trovato delle fertili premesse in quel disagio e in quelle percezioni affioranti in Germania già negli anni Ottanta: contributi come ‘Gesetz und Richteramt’ di Bülow del 1885 o ‘Ueber die Interpretation von Gesetzen’ di Kohler dell’86 costituiscono il primo corposo tentativo di scrollarsi di dosso la dogmatica ottantanovarda e di concepire la legge come una realtà elastica e aperta, disponibile a una progressiva evoluzione. Ma è a mezzo del primo decennio che disagio e percezioni diventano, sempre in Germania, un programma e un manifesto in conclamata rottura con la tradizione ufficiale. ‘Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft’ di Ehrlich (1903), ‘Das juristische Denken’ di Wurzel (1904), ‘Rechtsfindung durch Konstruktion’ di Stampe (1905) e soprattutto ‘Der Kampf um die Rechtswissenschaft’ di Hermann Kantorowicz (1906) rappresentano ormai la piena consapevolezza e anche la piena maturità di un messaggio scientifico. [...] sono testi che circolano immediatamente – e hanno ampia diffusione – in una dottrina giuridica italiana ormai convintissima nella sua germano-dipendenza e lettrice accanita di pagine tedesche⁶⁰⁹. Die deutsche Rechtswissenschaft hatte daher einen wichtigen Einfluss auf die italienische Rechtswissenschaft: „[...] il sapere astratto, formale dei maestri tedeschi si trasformava in sollecitazione per i non facili compiti della scienza peninsulare di diritto privato, con il travaso di intenzioni teoriche talora artefatte e rarefatte ma spesso mirabilmente adatte a raccogliere e ordinare compiutamente la complessità della vita giuridica di fine secolo⁶¹⁰. Die deutsche Rechtswissenschaft hatte die Reifung der jetzt aufblühenden italienischen Rechtswissenschaft möglich gemacht, welche „con un suo specifico timbro di voce si affaccia nel grande palcoscenico europeo⁶¹¹⁻⁶¹².

⁶⁰⁸ P. Grossi, La cultura del civilista italiano. Un profilo storico, Giuffrè, 2002, S. 29-30.

⁶⁰⁹ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 103 ff.

⁶¹⁰ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 43.

⁶¹¹ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 3.

⁶¹² „Di veramente nuovo c’era lo spirito, fatto insieme di sicurezza di sé, di insofferenza verso l’immediato passato e il presente, di tensione a disegnare un futuro veramente futuro. E, accanto, un nuovo breviario metodologico: si aveva precisa coscienza che il diritto era ben oltre il testo spesso mortificante e riecchito della legge, che il suo volto autentico andava cercato e trovato al di là dell’universo giuridico formale, in quella natura delle cose che le scienze novissime avevano finalmente cominciato a separare e a distinguere con successo dalla metafisicheria e dagli artifici del passato. [...] Il raffinato uomo di cultura può legittimamente storcere il naso su questo minestrone ideologico di cui si fanno alferi in Italia i giuristi nuovi degli anni Ottanta; e pecca sicuramente di ingenuità la loro imitazione prona del linguaggio e de-

Der deutsche Einfluss auf die italienische Rechtswissenschaft wurde vor allem durch die Verbreitung der Rechtskultur, die das europäische Panorama im 19. Jahrhundert prägte, ermöglicht. Dieser „Fluss des Rechts“ bestand aus der Verbreitung von Lehrwerken, die an den Universitäten zur Ausbildung von Juristen und an Gerichten für die Lösung praktischer Fälle, dank des weit verbreiteten Phänomens der Übersetzungen, genutzt wurden:

„le traduzioni delle più disparate opere del maestro di Frankfurt compaiono fitte in Italia a partire dal 1839 (è del 1839 la traduzione del Das Recht des Besitzes operata dal Conticini. Nel 1852 appare a Napoli la traduzione di diversi opuscoli saignyani, a cura del Turchiarulo, fra cui lo scritto programmatico Ueber den Zweck der Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft. Nel '57 il Tedeschi tradurrà il libello arcinoto Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft), e già dal 1847 comincia a circolare una versione italiana del System; molte anche le traduzioni di opere pandettistiche a cominciare da quelle di Puchta”⁶¹³.

Die Bibliotheken, die dank dieser großartigen Arbeit entstanden, sollen die Juristen bei der Ausübung ihres Berufs unterstützen:

„[...] le librerie degli studi degli avvocati e dei notai, le biblioteche delle università sono stracolme dei grandi commentari al Code Napoléon e dei repertori di giurisprudenza francesi. [...] nella libreria di un buon avvocato di questi anni non mancano neppure le traduzioni delle opere di Hugo, Savigny, Puchta, Arndts, che poi, con quelle successive di Windscheid e Dernburg e di tanti altri astri della Pandettistica, costituiranno quel Professorenrecht destinato a dominare le università italiane di fine secolo”⁶¹⁴⁻⁶¹⁵⁻⁶¹⁶.

Außerdem studierten viele italienische Juristen in Deutschland: „Ora molti giuristi si perfezionano nelle università tedesche”⁶¹⁷. Das in Umlauf bringen von Menschen und

gli approcci metodici delle trionfanti scienze naturali, così come il loro sacrario costellato dagli idoli di Comte, di Darwin, di Spencer e di qualche profeta socialista. L'incredibile miscuglio ideologico ha però un aspetto positivo: serve efficacemente a dar fiato a una psicologia del giurista prima devitalizzata ed inerte. Il miscuglio sarà culturalmente risibile ma dà al giurista ciò che prima gli mancava, la coscienza della nuova frontiera e, insieme, lo spirito di avventura e di conquista, la percezione di situarsi in un mondo nuovo che ha bisogno di lui”. P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 14-15.

⁶¹³ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 11.

⁶¹⁴ A. Cavanna, Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento, in Scritti 1968-2002, Band II, Mailand, 2007, S. 1209-1210.

⁶¹⁵ Die meisten Übersetzungen wurden von in der Praxis arbeitenden Juristen erstellt, die sich oft nicht auf eine bloße Übersetzung des Textes beschränkten, sondern ihn mit Anmerkungen und Kommentaren (auch mit Angabe der Rechtsprechung) versahen. Dies geschah zu dem Zweck, einen originalen Text zu erstellen, der zum Lernen des geltenden Rechts genutzt werden konnte. Auf diese Weise war die Theorie eng mit der Rechtspraxis verbunden.

⁶¹⁶ Es sei darauf hingewiesen, dass die Übersetzung ausländischer Werke nicht einseitig war. Zahlreiche italienische Werke wurden auch von ausländischen Juristen (einschließlich deutscher Juristen) übersetzt.

⁶¹⁷ A. Cavanna, Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento, in Scritti 1968-2002, Band II, Mailand, 2007, S. 1215.

Kultur hat gezeigt, wie fruchtbar und dynamisch die Verflechtung von Erfahrungen und Wissen sein kann.

Im Übrigen zeigte sich der beschriebene deutsche Einfluss vor allem im Bereich des Zivilrechts, da sich die italienische Rechtslehre zunächst nicht auf handelsrechtliche Themen konzentrierte und sich erst im 19. Jahrhundert systematischer mit dem Studium des Handelsrechts beschäftigte. Allerdings brachte dies bemerkenswerte Ergebnisse hervor (Cesare Vivantes Handbuch des Handelsrechts ist ein gutes Beispiel für die Kreativität der italienischen Handelswissenschaft, die sich im Zuge der Entdeckung der Moderne mit dieser Zeit befasste⁶¹⁸). Aber auch im Bereich des Handelsrechts hat Deutschland den Codice di Commercio von 1882 maßgeblich beeinflusst, wie bereits mehrfach erwähnt wurde. Dieser Gesetzestext war jedoch das Werk von Vertretern aus der Politik und aus dem Handel. Die damals in Italien noch fast völlig unbekannte deutsche Handelslehre⁶¹⁹ wurde nicht häufig berücksichtigt. Woher kam dann der deutsche Einfluss?

⁶¹⁸ „Una ventata d'aria fresca percorse il chiuso terreno dei commercialisti. Vivante consolidava in un sistema definito e compiuto le sue troppo angusti. Per i contenuti, certamente [...] ma innanzi tutto per la psicologia che sorregge lo scrittore: psicologia attiva, di chi ha voglia e capacità di bonificare un terreno stagnante grazie alla vitalità rinnovatrice di un approccio metodologico scientificamente più corretto. Insomma, le pagine vivantiane ci rappresentano bene la applicazione al diritto commerciale delle insoddisfazioni e delle convinzioni di un giurista sinceramente insoddisfatto, di un cercatore di verità alla luce delle consapevolezze epistemologiche messe a punto nelle officine neoteriche. V'è una prima insoddisfazione di cui il Trattato è felice espressione, ed è per una disciplina commercialistica intesa in maniera corporativa come specchio di un ceto mercantile. In fondo, era stata questa la genesi di molti istituti concepiti come azzeccati strumenti di tutela di precisi interessi cetuali, una genesi che i Codici moderni non avevano smentito, nemmeno il recentissimo e per tanti aspetti pregevole Codice italiano di commercio del 1882 che faceva ancora i conti con i cosiddetti Tribunali di commercio. [...] Accanto al mondo della legalità emerge virulento il mondo dell'effettività, una effettività che non può essere ignorata perché è la voce dell'esperienza, della vita. Non è soltanto che la paleolitica esegesi ad essere ripudiata ma anche una costruzione dogmatica che pretendesse di maneggiare soltanto la cortecchia delle norme. [...] Credo che raramente sia dato di trovare nella letteratura giuridica una sistemazione più storicamente fondata di questa vivantiana; [...] Quel diritto commerciale in rapidissima crescita ed espansione, così ricco a fine Ottocento di invenzioni nuove, esige un atteggiamento storicistico, dove storicismo significa non già pesante erudizione, bensì comprensione del senso della linea, utilizzazione del già vissuto per fondare i germi nel loro primo attecchimento. [...] Per questo, in Vivante è costante una congiunzione che, alla prima, può sorprendere: il filo storico dello svolgimento di un istituto, e il suo vivere nella attuale pratica mercantile. [...] E Vivante incalza: mercé lo studio delle cose e del diritto che le governa naturalmente la scienza prepara anche la legge dell'avvenire, perché la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti.... Anticipa l'opera del legislatore cui non rimane altro compito che di fondere in articoli di legge le conclusioni cui il giurista è arrivato concentrando il lavoro collettivo del popolo. [...] Si capisce la sostanziale novità del trattato nel panorama letterario della consueta manualistica giuridica, e si capisce anche la sua perfetta immersione nel proprio tempo: mutue assicuratrici e cooperative allora allora disegnate, società commerciali in pieno rigoglio e in piena espansione, titoli di credito quali strumenti sempre più diffusi della circolazione economica trovavano in Vivante un sistematore tecnicamente provveduto ma soprattutto consapevole delle forze sociali ed economiche che quegli istituti volevano disciplinare". P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 51 ff.

⁶¹⁹ „[...] il ricorso alla dottrina commercialistica straniera sia stato non frequente nei lavori preparatori. La dottrina francese – da Pardessus a Delamarre-Lepoitvin – era nota in Italia, ma non sempre utilizzabile perché relativa ad un testo legislativo ormai superato. La dottrina tedesca –, da Carl Einert a Levin Goldschmidt, da Wilhelm Endemann a Heinrich Thöl – era ancora quasi del tutto sconosciuta da noi. In realtà, la grande stagione della scienza commercialistica italiana – da Vivante a Saffa, da Bonelli a Rocco – maturerà soltanto nei decenni successivi all'entrata in vigore del nuovo Codice". A. Padoa-Schioppa, *La*

Kurz gesagt war der deutsche Einfluss vor allem durch die italienische Ausländerei bedingt. Dies zeigte sich vor allem in der Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungsmodelle und in der von den Verfassern des Handelsgesetzbuches geäußerten Neugier auf fremde Länder.

Der deutsche Einfluss auf Italien im Bereich des Handelsrechts beruht hauptsächlich darauf, dass unterschiedliche Gesetzgebungsmodelle in Umlauf gebracht wurden:

„L'andamento dei lavori preparatori evidenzia un aspetto molto significativo del nostro come di altri ordinamenti europei dell'Ottocento, che consiste nella larga circolazione dei modelli legislativi e nella loro sistematica utilizzazione per la formazione delle leggi nuove. In Francia e in Germania, le maggiori Riviste giuridiche davano sistematicamente notizia delle innovazioni straniere, dedicandovi analisi approfondite. In Italia la scienza giuridica di quegli anni non si dedicava con pari cura alla comparazione; eppure la considerazione delle leggi straniere era viva negli ambienti forensi più avanzati e nella stessa classe politica”⁶²⁰.

Außerdem sollte der persönliche Beitrag von Pasquale Stanislao Mancini zur Verfassung des Codice di Commercio von 1882 nicht unterschätzt werden. Die Tatsache, dass Mancini eine wesentliche Rolle bei der Ausarbeitung dieses Handelsgesetzbuches spielte, ist unbestritten. Die Meisten haben seinen Beitrag begrüßt und positiv beurteilt:

„Tra gli uomini che cooperarono all'impresa del nuovo Codice nessuno ebbe un ruolo paragonabile a quello svolto da Pasquale Stanislao Mancini. Promotore dell'iniziativa dai banchi dell'opposizione nel 1869, membro influentissimo della Commissione istituita a questo scopo ed estensore, al suo interno, del libro dedicato al fallimento nel Progetto preliminare del 1872; quindi, divenuto ministro di Grazia e giustizia con l'ascesa della Sinistra al potere, autore del progetto ministeriale del 1877 nonché della importante Relazione che l'accompagna, protagonista infine della discussione alla Camera tanto in Commissione quanto in aula (1881-82), Mancini può davvero considerarsi l'ispiratore del Codice di commercio, al quale meritatamente, perciò, il suo nome è rimasto legato”⁶²¹.

Es gab jedoch auch Kritiker: Varé erklärte beispielsweise, dass ein Gesetzbuch, das die Arbeit eines einzelnen Mannes war, nicht genehmigt werden könne:

„lui presidente, lui ispiratore delle commissioni preparatorie, lui ministro proponente in Senato, lui presidente della commissione parlamentare, lui relatore di quella commissione, egli aveva preparato tutto il materiale, egli

genesi del codice di commercio del 1882, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 199.

⁶²⁰ A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 200.

⁶²¹ A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Mailand, 1992, S. 198.

*aveva avuto dei collaboratori devoti disposti ad accettare il prestigio del suo ingegno, della sua dottrina, della sua cortesia, della sua dialettica*⁶²².

Mancini schenkte der ausländischen Gesetzgebung große Aufmerksamkeit. Dies hing mit seiner politischen (er war u.a. Außenminister) und seiner akademischen Karriere (er hatte einen Lehrstuhl für öffentliches Recht und internationales Privatrecht) zusammen⁶²³. Insbesondere hatte Mancini seinen Blick auf Deutschland gerichtet: Ein Beispiel dafür ist der Einfluss der deutschen Rechtswissenschaftler auf Mancinis Arbeiten zum italienischen internationalen Privatrecht^{624–625}. Die Freundschaft zwischen Mancini und Mittermaier war dabei von Bedeutung⁶²⁶. In einem Brief an Mancini vom 11. Oktober 1851 spricht Mittermaier über den größten Fortschritt des internationalen Privatrechts und informiert ihn über den Stand der Lehre in diesem Gebiet (Mittermaier gehörte zu den Ersten, die sich für den Grundsatz der Anwendbarkeit des persönlichen Rechts des Verstorbenen auf die Erbschaft ausgesprochen hatten)⁶²⁷.

In der weiteren Entwicklung der Rechtswissenschaft im Bereich Handelsrecht zeigte sich das große Interesse der Italiener an der deutschen Rechtswissenschaft. Dies ist ein deutliches Zeichen der Affinität und des Dialogs zwischen den italienischen und den deutschen Juristen. Ein deutliches Beispiel für den deutschen Einfluss auf die italienische Rechtswissenschaft ist die Erneuerung und Reformierung des Handelsrechts, insbesondere im Hinblick auf den Bereich des Obligationenrechts:

„Quel che si persegue è la rinnovazione e la sistemazione del diritto commerciale utilizzando appieno due aperture: il campo delle obbligazioni come terreno comune al Codice di commercio e al Codice civile; e quindi fonte di arricchimento per la corporazione commercialistica troppo rannicchiata all'ombra del proprio campanile provinciale; leggi e giudicati stranieri dei paesi che sono a capo del progresso civile, in una visione non nazionalistica, decisamente antesignana, che ricorda la tensione attuale dei più consapevoli commercialisti italiani per la costruzione di una lex mercatoria a carattere transazionale“⁶²⁸.

Hierzu war die deutsche Rechtswissenschaft bei der Ausarbeitung des französisch-italienischen Entwurfs eines gemeinsamen Obligationenrechts von 1927, wobei die deutsche Pandektistik einen Einfluss in Hinblick auf die Annahme von Vorschriften zum

⁶²² Discorso dell'on. Varé (21 gennaio 1882), in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV, S. 622–636.

⁶²³ Siehe Kapitel I, Fußnote Nr. 56.

⁶²⁴ E. Jayme, Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco. Vortrag vom 27. Februar 1987 in Trento während dem Studienseminar zum Thema „Fondazione delle scienze e organizzazione della cultura alla fine dell'Ottocento: l'Enciclopedia giuridica italiana“.

⁶²⁵ Das deutsche internationale Privatrecht wurde dann wiederum von Mancinis Ideen beeinflusst.

⁶²⁶ Über die Freundschaft zwischen Mancini und Mittermaier vgl. E. Jayme, Mittermaier und Italien, in Kopper, Carl Joseph Anton Mittermaier – Heidelberger Mittermaier-Symposium 1987, Vorträge und Materialien, Heidelberg, 1988, S. 7 ff.

⁶²⁷ Über den Gedankenaustausch zwischen Mittermaier und Mancini vgl. E. Di Carlo, Pasquale Stanislao Mancini e Carlo Mittermaier, in Studi in onore di Riccardo Filangieri, Band III, S. 479 ff.

⁶²⁸ P. Grossi, Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860–1950, Giuffrè, Mailand, 2000, S. 94.

Vertragsschluss nach dem Vorbild des ADHGB ausübte, von besonderer Bedeutung. Der Entwurf enthielt zudem einen Allgemeinen Teil nach dem deutschen Muster⁶²⁹.

Weitere wirksame „Kooperationen“ zwischen der italienischen und der deutschen Rechtswissenschaft kann man auch in späteren Zeiträumen bemerken: Man denke z.B. an die 1936 etablierte und bislang kaum untersuchte juristische „Achse Berlin-Rom“, wobei deutsche und italienische Juristen an der Überwindung liberalen Privatrechts gemeinsam arbeiteten⁶³⁰.

⁶²⁹ 1916 konstituierte sich eine Arbeitsgruppe französischer und italienischer Zivilrechtswissenschaftler, die einen gemeinsamen Entwurf für ein neues Obligationenrecht erarbeiten wollten. Die Arbeitsgruppe tagte – ungeachtet der unterschiedlichen politischen Entwicklungen in beiden Ländern – bis 1927 und legte einen vollständig ausgearbeiteten Gesetzentwurf vor. Die gemeinsame Rechtstradition scheint also stärker zu sein als politische Unterschiede. Im Deutschland der Zwischenkriegszeit stieß der Entwurf auf lebhaftes Interesse. Der Entwurf scheiterte, vermutlich an den Eitelkeiten nicht beteiligter italienischer Professoren, und mit seinem Scheitern zerbrach auch das französisch-italienische Tandem. Dies heißt aber nicht, dass der Entwurf in Vergessenheit geraten wäre. Seine Ausstrahlungswirkung dürfte vielmehr ganz erheblich sein, selbst die Autoren der Obligationenrechtsreform in Frankreich 2016 berufen sich noch auf ihn.

⁶³⁰ In Italien fanden diese Arbeiten im Codice civile von 1942 ihren Abschluss. In Deutschland hingegen gerieten die Arbeiten an einem Volksgesetzbuch ins Stocken, weil die Machthaber letztlich das Interesse an diesem Projekt verloren und nach dem Krieg ein Rückgriff auf die Arbeiten und Entwürfe der Akademie für Deutsches Recht untunlich erschien. Zuvor hatten freilich zahlreiche bilaterale Arbeitstreffen und Konferenzen italienischer und deutscher Juristen stattgefunden, welche die Reformbemühungen in beiden Ländern befruchteten.

KAPITEL V – SCHLUSSBEMERKUNGEN

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das deutsche Recht sicherlich eine wichtige Rolle bei der Entwicklung des italienischen Handelsrechts gespielt hat. Der positive Dialog und das enge Verhältnis zwischen Italien und Deutschland haben nützliche juristische Ergebnisse (auf technischer sowie wissenschaftlicher Ebene) gefördert. Insbesondere hat der Einfluss des deutschen Rechts auf den Codice di Commercio von 1882 es ermöglicht, eine eigene Regelung der wichtigsten Rechtsinstitute des Handelsrechts (Vertragsschluss, einseitige Handelsgeschäfte, Handelsgesellschaften) auszuarbeiten, so dass das italienische Wirtschaftsrecht mit der Zeit gehen konnte.

Die tiefgreifenden (wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen) Unterschiede zwischen Italien und Deutschland haben kein „Hemmschuh“ für die Implementierung des italienischen Handelsrechts durch das deutsche Recht dargestellt. Vielmehr war die Ausarbeitung der italienischen Handelskodifizierung durch das ausländische Recht ein bemerkenswerter Erfolg für dessen Entwicklung auf internationaler Ebene, weil „Wenn das Recht internationalisiert wird, verändert es sich. Es wird entstaatlicht, modernisiert und liberalisiert, manchmal absichtlich, manchmal versehentlich“⁶³¹. Die beschriebene Verbreitung von Legislativmodellen bestätigt die Kreativität der europäischen Rechtskultur, welche eine Art Rechtsvereinheitlichung geschaffen hat.

Die Autorin hofft, dass die Ergebnisse dieser Arbeit nützlich für eine Vielzahl von Juristen in der Wissenschaft und in der Praxis sein können und dass sie den Ausgangspunkt und die Anregung für weitere Forschungen in diesem Bereich darstellen können. Neben der Freude, das Ende dieser Arbeit erreicht zu haben, bleibt der Autorin die schöne Erinnerung an ein wertvolles Lernerlebnis.

⁶³¹ P.A. Karrer, *Internationalisation of Civil Procedure – Beyond the IBA Rules of Evidence*, in *Uniform of Law Review*, 2004 – 4, S. 893.

BIBLIOGRAFIE

Quellen

Codice di Commercio von 1865.

Codice di Commercio von 1882.

ADHGB von 1861.

ADWO von 1848.

A. Marghieri, I motivi del nuovo codice di commercio italiano ossia raccolta completa di tutti i lavori preparatorii delle commissioni relazioni ministeriali, discussioni parlamentari che hanno preceduto la sua pubblicazione eseguita sui testi ufficiali preceduta dal testo del nuovo codice, Neapel, 1885.

Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Mancini) od esposizione dei motivi del Progetto del Codice di Commercio pel Regno d'Italia presentato al Senato del Regno nella Tornata del 18 giugno 1877 dallo stesso ministro di concerto col Ministro di Agricoltura e Commercio (Maiorana-Calatabiano), in Marghieri, Vorarbeiten, Band IV.

Sekundärliteratur

P. Abbadessa (Hrsg.), Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, Turin, 2015.

Akte der 1. Internationalen Konferenz „I Tasso e le poste d'Europa“, Bergamo, 1.-3. Juni 2012.

G. Alpa, Introduzione al progetto del Codice delle obbligazioni franco italiano (1927), Éditions Panthéon-Assas, 2015.

T. Ascarelli, Corso di diritto commerciale, 1962.

M. Ascheri, Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo, Giappichelli, Turin, 2008.

A. Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del diritto Commerciale, 1943.

G. Auletta, N. Salanitro, Diritto commerciale, Giuffrè, Mailand, 2009.

U. Bälz, Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Hrsg. Manfred Lieb, Ulrich Noack, Harm Peter Westermann, Band I, Berlin/Bonn/München 1998.

A. Bertolotti, I controlli nelle s.p.a., Turin, 2018.

Beuthien/Hüsken/Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Band I, Gesetze und Verordnungen (1867-1969), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989.

E. Bocchini, Evoluzione legislativa e giurisprudenziale del bilancio d'esercizio, in Bilancio d'esercizio: problemi attuali, 1978.

R. Bolaffi, La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone, Giuffrè, Mailand, 1947.

L. Bolaffio, *Il Codice di commercio commentato*, Band I, Teil 2, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1919.

G. Bonfante, *La società cooperativa*, Band V von *Trattato di diritto commerciale*, G. Cottino (Hrsg.), 2014.

P. Cappellini, *Alle porte d'Italia: unificazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/alle-porte-d-italia-unificazione-nazionale-e-uniformazione-giuridica_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

G. Carnazza Puglisi, *Il diritto commerciale secondo il Codice di commercio del Regno d'Italia*, Mailand, 1868, Band I.

S. Castagnola, *Nuovo Codice di commercio italiano Fonti e Motivi*, Band I, *Del Commercio in generale, Delle obbligazioni commerciali in generale*, Turin, 1883.

V. Castronovo, *La rivoluzione industriale in Europa: Francia e Germania*, in N. Tranfaglia-M. Firpo (Hrsg.), *La storia*, Band VI, *L'età contemporanea*, Band I, *I quadri generali*, Utet, Turin, 1988.

G. Catturi, *Teorie contabili e scenari economico-aziendali*, 1997.

A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Scritti 1968-2002*, Band II, Mailand, 2007.

G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*. Giappichelli, Turin, 2011.

A. Cetra, M. Cian, A. Daccò, M. De Acutis, E. Ginevra, A. Mirone, L. Pisani, P.M. Sanfilippo, R. Santagata, D. Sarti, A. Sciarrone Alibrandi, M. Sciuto, *Diritto commerciale* (Hrsg. M. Cian), Giappichelli, Turin, 2015.

C. Ciancio, *Abolire o riformare? Procedura e giurisdizione commerciale nell'Italia postunitaria*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2010, Nr. LXXXIII.

C. Ciancio, *Mercanti in toga. I Tribunali di Commercio nel Regno d'Italia (1861-1888)*. Pàtron Editore, Bologna, 2012.

H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Veröffentlichung des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, München, 1973-1986, Band III.

A. Cordes, H. Lück, D. Werkmüller (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, www.HRGdigital.de/HRG.handelsrecht (21. November 2015).

S. Coronella, *Agli albori delle ricerche di storia della ragioneria in Italia. Il contributo degli studiosi del XIX secolo*, 2008.

E. Cortese, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, Il Cigno GG Edizioni, Rom, 2012.

F. D'Urso, *Individuo, Genossenschaft, Stato. I motivi ispiratori del "Theorienstreit" ottocentesco sulla personalità giuridica*, in *Ann, Univ. Ferrara – Sc. giur.*, Band XXII, 2008.

M. Degl'Innocenti (Hrsg.), *Le origini del movimento cooperativo*, in *Il movimento cooperativo nella storia d'Europa*, Mailand, 1988.

A. De Gregorio, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Band IV von *Il Codice di Commercio commentato da prof. Ascoli, Asquini, Azzariti, Bolaffio, Leone, De Gregorio, De Semo, Greco, Montessori, Mortara, Rocco, Soprano, Supino, Tartufari, Vivante*, Turin, 1938.

A. De Gregorio, *I bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica*, Mailand, 1938.

Deutscher Bundestag, *Zur Geschichte und aktuellen Situation von Genossenschaften*, 12. Februar 2018, Ausarbeitung WD 1 – 3000 – 001/18.

E. Di Carlo, Pasquale Stanislao Mancini e Carlo Mittermaier, in *Studi in onore di Riccardo Filangieri*, Band III.

G. Di Gregorio, *Capitale tedesco e industria italiana*, in *Italia contemporanea*, Heft 158, 1985.

M. R. Di Simone, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Giappichelli, Turin, 2007.

Europäisches Parlament, *Dossiers di ricerca e documentazione*, in *Storia economica*, Nr. 6, 10 – 1985.

R. Ferrante, *Il problema della codificazione*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-codificazione_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Rom, 1921.

F. Ferrara-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Mailand, 1992.

F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, 2010.

F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010.

S. Gatti (Hrsg.), *Banche con l'anima. Testimonianze sulle Banche di Credito Cooperativo da Wollemborg a Yunus 1883-2008*, Ecra, 2008.

O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1877.

O. von Gierke, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, 1868.

L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, Band I, Auflage II, 1875.

L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891.

P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Rom-Bari, 2009.

P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Giuffrè, 2002.

P. Grossi, *Le istituzioni di diritto privato di Guido Alpa*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, S. 1110 ff.

P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Mailand, 2000.

Grünbuch über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste. Europäische Kommission, 1992.

M. Guidetti (Hrsg.), *Il passaggio del secolo e la Grande Guerra*, Band I, *Politica, economia, società*, in *Storia d'Italia e d'Europa, comunità e popoli*, Jaca Book, 1983.

F. von Hahn, *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Band II, 1867.

P. Hertner, *Il capitalismo tedesco in Italia dall'Unità alla prima guerra mondiale. Banche miste e sviluppo economico italiano*, Bologna, Il Mulino, 1984.

Il Foro Italiano, 1884, 1885, 1887, 1888, 1889, 1890, 1891, 1892.

B. Inzitari, *Interessi. Legali, corrispettivi, moratori, usurai, anatocistici*, Giappichelli, Turin, 2017.

S. Jacini, *L'inchiesta agraria*, Piacenza, Federazione italiana dei consorzi agrari, 1926.

E. Jayme, *Mittermaier und Italien*, in Koper, Carl Joseph Anton Mittermaier – Heidelberg Mittermaier-Symposium 1987, *Vorträge und Materialien*, Heidelberg, 1988.

E. Jayme, Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco. Vortrag vom 27. Februar 1987 in Trento während dem Studienseminar zum Thema „Fondazione delle scienze e organizzazione della cultura alla fine dell'Ottocento: l'Enciclopedia giuridica italiana”.

P.A. Karrer, *Internationalisation of Civil Procedure – Beyond the IBA Rules of Evidence*, in *Uniform Law Review*, 2004 – 4.

A. Leggio, *Nel tempo e nello spazio; storia illustrata della Posta e della Telecomunicazione*. Poste Italiane, 1996.

M. Löhnig, *Rechtsvereinheitlichung trotz Gesetzesbindung. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1879-1899*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

M. Löhnig-S. Wagner (Hrsg.), *Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa*, Tübingen, 2018.

G. Magri, *Il riconoscimento delle società straniere dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *Trattato società di persone*, Band II, F. Preite-C. Alberto Busi, Utet, 2015.

P. Marchetti, *Il ruolo del notaio nella costituzione della SpA: la questione dell'omologa (1875-2003)*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato* (<https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=45/4506&mn=3>).

F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Giuffrè, Mailand, 2016.

M. Meccarelli, S. Solimano, *A colloquio con Paolo Grossi*, in *forum historiae iuris*, 2007 (<https://forhistiur.de/2007-03-meccarelli-solimano/>).

L. Mengoni, Kommentar zum Werk von Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania, italienische Übersetzung von U. Santarelli und S. A. Fusco, Mailand, Giuffrè, 1980, S. XXII-560, XXII-429, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (1981).

P. O. Mühlbert, AcP 199 (1999).

U. Navarrini, A. Vedani, Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice di commercio disposta sistematicamente articolo per articolo, Band I, 1911-1922.

Non solo business! Storie di imprese tedesche in Italia tra memoria e futuro, AHK Italien (die Deutsch-Italienische Handelskammer), in Zusammenarbeit mit CentroLumina), 2016.

L. Nuzzo, Pasquale Stanislao Mancini, in Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto, Treccani, 2012.

R. Orestano, Il problema delle persone giuridiche in diritto romano, Giappichelli, Turin, 1968.

A. Padoa-Schioppa, Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni (1862-1942), in Saggi di storia del diritto commerciale, 1992, S. 205 f..

A. Padoa-Schioppa, La genesi del codice di commercio del 1882, in Saggi di storia del diritto commerciale, Mailand, 1992, S. 157 f..

A. Padoa-Schioppa, Omologazione delle SpA nell'Italia post-unitaria: il ruolo del notaio, in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato (<https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=45/4505&mn=3>).

A. Padoa-Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea, Il Mulino, Bologna, 2007.

G. B. Portale, Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo, in Rivista delle società, Jahr LIII, Band 1 – 2008. Italienische Version, mit Hinzufügung von Fußnoten, des Unterrichts vom Prof. Portale in der Alte Aula der Universität Heidelberg am 24. Oktober 2007.

F.W. Raiffeisen, Le Casse Sociali di Credito, Editrice E.C.R.A., Rom, 1975.

T. Raiser, AcP 194 (1994).

T. Raiser, AcP 199 (1999).

V. Roberti, Il Corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica, in Studi di storia del diritto in onore di E. Besta, Band IV, Mailand, 1939.

E. Ruffini, Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico, in Archivio giuridico, Band 93, 1925.

R. Sacco, G. De Nova, Il Contratto, Utet, IV. Auflage, Milanofiori Assago, 2016.

G. Sabbatucci, V. Vidotto, Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi. Laterza, Rom-Bari, 2011.

C. Sasso, Le società per azioni. Il bilancio d'esercizio, 2004.

- U. Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti*, Turin, 1992.
- F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840.
- K. Schmidt, *Zeitschrift für das gesamte Handels – und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 177 (2013).
- J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, Beck, München, 2012.
- W. Schubert (Hrsg.), *Protokolle der Commission zur Berathung eines ADHGB*, 1984, Band I.
- V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, Band I, 1911.
- A. Sciumè, *Vivante, Cesare*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 (http://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-vivante_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).
- S. Solimano, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Treccani, 2012 ([http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tendenze-della-civilistica-postunitaria_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)).
- M. Stolleis, *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C.H. Beck, 2001.
- F. Todescan, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Band 11-12, 1982-1983.
- A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile. Diritto commerciale*, Wolters Kluwer, Cedam, 2018.
- F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947.
- Verschiedene Autoren, *L'economia italiana tra le due guerre 1919/1939*. Comune di Roma. Ipsoa, Mailand, 1984.
- Verschiedene Autoren, *Poste. Una storia italiana*. Giunti Editore, 2008.
- E. Vidari, *Corso di diritto commerciale*, Mailand-Neapel-Pisa, 1881.
- E. Vidari, *Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, 1884.
- E. Vidari, L. Bolaffio, *Annuario critico della giurisprudenza commerciale*, 1893-1894, Verona, 1896.
- F. Mittermaier, *Das italienische Handelsgesetzbuch vom Jahre 1882*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels – und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 29, 1884, S. 132 f..
- C. Vivante, *Istituzioni di diritto commerciale*, Mailand, 1926.
- C. Vivante, *La personalità giuridica delle società commerciali*, in *Riv. dir. Comm. ind. e marit.*, Band I, 1903.
- C. Vivante, *Per la riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, Band I.

C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band II, Le società commerciali, Mailand, 1912.

C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Band IV, Le obbligazioni, Mailand.

R. Zangheri, G. Galasso, V. Castronovo, Storia del movimento cooperativo in Italia, La Lega Nazionale delle Cooperative e Mutue, Turin, 1987.

Zeitschrift für das gesamte Handels – und Wirtschaftsrecht (ZHR), Band 29 (1883).

